

**TAMIRA ALMEIDA MARTINS**

**O USO INDEVIDO DOS PRINCÍPIOS PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL:  
a inconstitucionalidade dos atos normativos tendentes à moralização do  
processo eleitoral**

**CURITIBA  
2012**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO**

**O USO INDEVIDO DOS PRINCÍPIOS PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL:  
a inconstitucionalidade dos atos normativos tendentes à moralização do  
processo eleitoral**

Monografia apresentada pela acadêmica Tamira Almeida Martins ao Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Eneida Desiree Salgado.

**CURITIBA  
2012**

## **AGRADECIMENTOS**

A monografia que agora se apresenta resultou de um trajeto longo, marcado, sempre, pelo apoio e estímulo de muitos. Os méritos que ela possa ter devem-se aos contributos das pessoas que, durante a sua elaboração, durante os anos de graduação e durante toda a vida me proporcionaram as mais diversas demonstrações de carinho, de incentivo e de confiança naquilo que eu poderia vir, um dia, a me tornar. A todos que fizeram com que esta caminhada fosse possível, expresso a minha mais profunda gratidão.

Ao meu pai, Artur Minelli Martins, pela luta constante para tornar possível até mesmo o impossível, pela confiança e pela constante certeza do meu sucesso, mesmo nos momentos em que minhas metas pareciam inalcançáveis. À minha mãe, Sônia Maria Arimathea de Almeida Martins, pelo amor incondicional e pela dedicação absoluta e incansável. Obrigada pelo apoio irrestrito, por me tornarem quem sou. Por vocês, que depositam em mim a mais profunda confiança e para os quais sou uma esperança, resta-me seguir, na expectativa de um dia poder retribuir tudo aquilo que me proporcionaram.

Às minhas irmãs, Camila Almeida Martins e Talita Almeida Minelli Martins, por toda uma vida dividida, pelos aprendizados e ensinamentos, pelas brincadeiras, pela cumplicidade, pelo amor, união e apoio incondicionais. Obrigada por caminharem comigo, de mãos dadas, sempre.

Ao restante da minha família, pela solidariedade e compreensão e, sobretudo, pela harmonia, união inabalável: vocês me dão segurança para caminhar e me ensinam que o amor vence qualquer distância.

Aos meus colegas de turma, com quem dividi minha passagem pelos corredores desta Faculdade, em especial, Luísa Rodrigues, Bruna Fukuyama, Letícia Kreuz, Angélica Locatelli, Camila Scorsim, Janaína Bonatto, Thayse Fedalto, Ana Flávia Nascimento, André Shimada, Luís Nagao, Evandro Sutil e Eduardo Borges, por se tornarem mais do que meus cúmplices de experiências ímpares em sala de aula - por transformarem minhas manhãs, por se tornarem meus amigos e minha família, por deixarem minha vida em Curitiba mais ensolarada.

Aos meus amigos de outras histórias, aos meus amigos de Ponta Grossa e aos meus amigos de Minas Gerais, pela presença constante, mesmo na ausência.

À Professora Eneida Desiree Salgado, pela orientação firme e paciente, pela disponibilidade, pelas valiosas contribuições para o trabalho, pela revisão crítica do texto, pela acessibilidade, pelo permanente estímulo e pela incansável dedicação ao magistério. Na pessoa dela, agradeço a todos os mestres que, de alguma forma, construíram minha passagem por essa Academia.

*À minha família, em especial, à  
minha mãe, Sônia, ao meu pai,  
Artur, e às minhas irmãs, Camila  
e Talita, que tornaram este  
momento possível. A eles, todo o  
meu amor.*

## RESUMO

O presente trabalho busca demonstrar a inconstitucionalidade latente aos atos normativos expedidos pelo Poder Judiciário, na figura, especialmente, do Tribunal Superior Eleitoral, evidenciando que, na busca por moralização política, o Tribunal extrapola os limites de sua competência, limita direitos constitucionalmente garantidos e viola frontalmente princípios basilares do ordenamento jurídico nacional, em especial o princípio da legalidade. Para tanto, este estudo apresenta as principais teorias acerca da natureza dos princípios, analisando o modo como o Poder Judiciário reage à indeterminação dos conceitos e o papel que assume na concretização de seu conteúdo e na resolução de casos de embate. Na sequência, esta monografia discorre brevemente acerca dos princípios da legalidade e da moralidade, em específico, para permitir, por fim, a análise de casos de confronto frontal entre tais princípios no âmbito da Justiça Eleitoral, a partir do exame de situações em que o Tribunal Superior Eleitoral, no uso de uma competência normativa autoatribuída e a despeito do princípio da legalidade, promoveu restrições inconstitucionais a direitos, apoiando-se no princípio da moralidade.

**Palavras-Chave:** Direito Eleitoral, Poder Regulamentar, Princípio da Legalidade, Princípio da Moralidade, Colisão de Princípios.

## **ABSTRACT**

This current study aims to demonstrate the latent unconstitutionality of the normative acts issued by the judiciary, especially in the figure of the Superior Electoral Tribunal, showing that, in the quest for political moralization, the Court reaches beyond the limits of its competence, limits constitutionally guaranteed rights and frontally violates general principles of national law, in particular the principle of legality. Therefore, this study presents the main theories about the nature of the principles, analyzing how the Judiciary responds to the indeterminacy of concepts and the role it assumes in achieving its content and resolving cases of collision. Further, this monograph briefly discusses about the principles of legality and morality, in particular, to finally allow the analysis of cases of frontal confrontation between such principles in the Electoral Court from examining situations where the Superior Electoral Court, in the use of a self-entitled legislative competence and despite the principle of legality, promoted unconstitutional restrictions over rights, relying on the principle of morality.

**Keywords:** Election Law, Regulatory Power, Principle of Legality, Principle of Morality, Collision of Principles.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>1 OS PRINCÍPIOS E SUA APROPRIAÇÃO PELA ARGUMENTAÇÃO JUDICIAL .....</b>	<b>4</b>
1.1 A TEORIA DOS PRINCÍPIOS E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	4
1.2 A LEITURA DOS PRINCÍPIOS PELO PODER JUDICIÁRIO .....	11
<b>2 A PREVISÃO NORMATIVA E A COMPREENSÃO DOUTRINÁRIA DE DOIS PRINCÍPIOS EM APARENTE TENSÃO NO DISCURSO JUDICIAL .....</b>	<b>17</b>
2.1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A RESERVA DE LEI .....	17
2.2 O PRINCÍPIO DA MORALIDADE E A VISÃO EXTENSIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....	23
<b>3 O EMBATE DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA MORALIDADE NA JURISDIÇÃO ELEITORAL BRASILEIRA .....</b>	<b>37</b>
3.1 O PAPEL DA JURISDIÇÃO ELEITORAL BRASILEIRA .....	37
3.2 OS DESVIOS DE LEGALIDADE NA BUSCA POR MORALIZAÇÃO POLÍTICA .....	47
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>66</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>69</b>



## INTRODUÇÃO

O impulso para a pesquisa do tema e elaboração do trabalho nasceu, talvez, da pretensão de evidenciar um padrão muito preocupante, que vem, há algum tempo, tornando-se frequente na seara eleitoral. Em um momento de forte e constante demanda por moralização política e ética na disputa por cargos públicos - consequência de intensa pressão midiática e social -, promovem-se ataques a princípios consagrados historicamente e expressamente garantidos na Constituição Federal. Busca-se o “aperfeiçoamento” e a “correção” democrática do processo eleitoral brasileiro à custa do sacrifício de garantias extremamente caras ao Estado de Direito atual.

O Tribunal Superior Eleitoral segue na dianteira do fenômeno. Nos últimos anos, vem reiteradamente expedindo atos normativos que extrapolam os limites da competência a ele conferida, limitam direitos constitucionalmente garantidos e violam frontalmente princípios basilares do ordenamento jurídico nacional.

Exemplo da situação é a Resolução nº 22.610/2007, do Tribunal Superior Eleitoral, que envolve a possibilidade de perda de mandato eletivo por desfiliação partidária sem justa causa. O Tribunal Superior Eleitoral, em um momento específico, passou a sustentar a interpretação de que o mandato é do partido político, e não do candidato e, portanto, tornou legítima a noção de que aquele que se desfilia do partido, sendo representante, perde o direito de exercer o mandato. A ideia passa a efetivamente existir e ser aplicada a partir de uma série de decisões do Supremo Tribunal Federal (nos Mandados de Segurança nº 26.602, nº 26.603 e nº 26.604), que referendaram a Consulta nº 1.398 feita ao Tribunal Superior Eleitoral, à época, pelo Partido da Frente Liberal (PFL), e deram origem à Resolução nº 22.610/2007. O Tribunal Superior Eleitoral criou uma hipótese de perda de mandato eletivo não prevista, a partir de uma construção interpretativa de seus Ministros e com base em uma competência sem respaldo constitucional.

No mesmo caminho, pode-se exibir exemplo ainda mais recente de situação em que o Tribunal, em um ato de interpretação consolidado em uma Resolução, emite “regra” que restringe direito fundamental, em total desrespeito ao princípio da legalidade, excluindo do pleito candidatos que considera “maculados” para o

exercício do mandato político – candidatos “maculados”, até mesmo, para exercerem seu direito político fundamental de serem votados. Para isso, fundamenta-se no mesmo, já outras vezes utilizado, argumento: a defesa da moralidade das eleições. Em 1º de março do corrente ano de 2012, o Tribunal Superior Eleitoral, quando da aprovação da Resolução nº 23.376, que, nos termos de sua ementa, “dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos, candidatos e comitês financeiros, e, ainda, sobre a prestação de contas nas eleições de 2012”, aprovou, por quatro votos a três, a exigência de *aprovação* das contas eleitorais anteriores para a emissão da certidão de quitação eleitoral - imprescindível no ato de registro de candidatura –, e não mais apenas *apresentação* das referidas contas, nos termos da legislação de base a respeito da emissão da certidão.

A partir de uma análise da conduta do TSE atualmente, este trabalho busca desvelar um reiterado e perigoso comportamento: são inúmeras as situações em que, “em defesa da moralidade da sociedade brasileira”, o Tribunal Superior Eleitoral se afasta do princípio da legalidade de forma contundente, para expedir, a partir de seu “poder normativo”, “instruções”, visando assegurar a “fiel execução das leis eleitorais” e a “normalidade das eleições”, que inovam a ordem jurídica, restringindo direitos de forma não admitida em lei, a fim de garantir a “moralização política”.

Para tanto, este estudo apresenta teorias acerca da natureza dos princípios, explicitando, na sequência, algumas críticas feitas às noções apresentadas, evidenciando o entendimento adotado acerca do tema neste estudo. Segue analisando o modo como o Poder Judiciário reage à indeterminação dos conceitos e o papel que assume na concretização de seu conteúdo e na resolução de casos de embate, discutindo o crescimento do papel da jurisdição, as relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo diante do ativismo judicial e do movimento de judicialização assistido e a preocupação acerca da extensão da possibilidade de o intérprete atribuir sentido aos textos jurídicos. Neste contexto, faz rápida alusão à competência normativa infraconstitucionalmente atribuída ao Tribunal Superior Eleitoral e ao uso desvirtuado que dela faz o Tribunal.

Na sequência, esta monografia discorre brevemente acerca dos princípios da legalidade e da moralidade, em específico, expondo o viés que tomam no âmbito

do Direito Eleitoral brasileiro, para permitir, por fim, a análise de casos de confronto frontal entre tais princípios no âmbito da Justiça Eleitoral.

Assim, inicia-se o terceiro capítulo, cerne do trabalho, com uma breve introdução acerca da Justiça Eleitoral, apresentando as competências a ela atribuídas e discutindo, em específico, a competência normativa atribuída ao Tribunal Superior Eleitoral, diante da natureza e dos limites da competência regulamentar prevista constitucionalmente ao Poder Executivo e ao Conselho Nacional de Justiça. Traça, então, um diagnóstico do papel autoatribuído à jurisdição eleitoral brasileira, para entender o propósito incansável de moralização eleitoral manifestado pelo TSE.

Por fim, evidencia os desvios de legalidade perpetrados pela Corte em comento, na busca por moralização política, a partir do exame de situações em que o Tribunal Superior Eleitoral, no uso de uma competência normativa sem respaldo constitucional e a despeito de princípios basilares do ordenamento nacional, promoveu restrições inconstitucionais a direitos, apoiando-se no princípio da moralidade.

## 1 OS PRINCÍPIOS E SUA APROPRIAÇÃO PELA ARGUMENTAÇÃO JUDICIAL

### 1.1 A TEORIA DOS PRINCÍPIOS E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Apesar de constituir um sistema aberto de valores, princípios e regras, a estrutura do sistema jurídico-constitucional brasileiro, composto a partir de uma Constituição dirigente, altamente compromissária, que positivou em seu texto grande parte de seus princípios basilares, permite entender que os elementos de que necessita podem ser encontrados no âmago do próprio sistema, não precisando ser, de todo, buscados fora dele<sup>1</sup>.

O uso dos princípios tem sido consecutivamente ampliado no âmbito jurisprudencial, possibilitando a maleabilização da interpretação e da aplicação do ordenamento. O fenômeno é observado por Humberto Ávila.

As regras, segundo o autor, ao avaliarem previamente as vicissitudes de um conflito, estabelecem uma decisão que supera o embate principiológico latente nas situações: “o conflito moral que surgiria, caso não houvesse sido editada a regra, deixa de surgir pelo efeito decisório da regra que foi editada”<sup>2</sup>. As regras, portanto, trariam uma “pré-decisão”, afastando, desde logo, o surgimento de um determinado conflito moral e eliminando arbitrariedades que poderiam se fazer presentes na eventual aplicação direta pelo Poder Judiciário de valores morais – expressos em princípios – a situações concretas. As regras seriam “instrumentos de garantia da segurança jurídica”<sup>3</sup>.

---

1 Assim, adota-se, neste trabalho, o entendimento de que um sistema constitucional como o brasileiro, apesar de aberto, não exige que se busque fora dele os elementos de que necessita. Neste sentido, Lênio Streck: “Em sistemas jurídicos como o brasileiro essa questão assume outra dimensão, isto é, a Constituição abarca em seu texto um conjunto principiológico que contém a co-originariedade entre direito e moral – e nisso Habermas tem inteira razão –, isto é, aquilo que Dworkin necessita buscar ‘fora’ do sistema, já está contemplado em Constituições fortemente compromissórias como a brasileira”. STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 211.

2 ÁVILA, Humberto. *Princípios e regras e a segurança jurídica*. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, v. 1, jan/mar 2006, p. 198.

3 ÁVILA, Humberto. *Princípios e regras e a segurança jurídica*. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, v. 1, jan/mar 2006, p. 200.

Quanto aos princípios, diferentemente, figurariam como “instrumentos normativos de justiça individual”<sup>4</sup>, possibilitando que sejam consideradas, quando da tomada de decisão, as especificidades da situação concreta. Apesar do papel essencial por eles desempenhado ao permitirem a construção da norma adequada ao caso concreto, a aplicação dos princípios exige controle, sendo indispensável que se observe uma série de critérios específicos - “estruturas argumentativas intersubjetivamente controláveis”<sup>5</sup> -, a fim de tornar a decisão discricionária do julgador menos arbitrária.

A discussão sobre a diferenciação entre princípios e regras, no constitucionalismo moderno, parte essencialmente de duas bases teóricas, apresentadas por Ronald Dworkin e Robert Alexy. Para esses autores, a distinção principal entre as categorias é de natureza qualitativa<sup>6</sup>. Alexy e Dworkin propõem, no entanto, diferentes procedimentos para a solução de conflitos entre princípios, visando a composição dos chamados *hard cases*.

Segundo Dworkin, as Constituições contemporâneas se compõem de normas multifuncionais, trazendo em si normas princípios, normas regras e normas políticas públicas. Quanto às normas política pública, são padrões normativos que estabelecem objetivos a serem politicamente alcançados no âmbito da administração pública<sup>7</sup>. Hoje, entende-se que, uma vez compondo formalmente o texto constitucional, as normas têm aplicação direta. É falho o argumento de que o caráter principiológico, programático ou de política pública de determinada norma diminui sua juridicidade<sup>8</sup>.

Haveria uma diferença qualitativa entre normas regra e normas princípio. As regras seriam normas que prescrevem exigências, na medida em que punem, permitem ou proíbem. Regras são ou não são, não podem ser antagônicas – isso geraria antinomias não aceitas no sistema, vez que, como coloca Dworkin, as regras funcionam com base no “tudo ou nada”. Além das regras e das políticas públicas,

---

4 ÁVILA, Humberto. *Princípios e regras e a segurança jurídica*. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, v. 1, jan/mar 2006, p. 206.

5 ÁVILA, Humberto. *Princípios e regras e a segurança jurídica*. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, v. 1, jan/mar 2006, p. 197. A respeito do tema, obra de Lênio Luiz Streck, *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, faz aprofundada análise crítica a respeito das teorias da argumentação e seus limites, discutindo o universo da interpretação e da aplicação no âmbito jurídico.

6 SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, nº 1, jan/jun 2003, p. 610.

7 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35/46.

8 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35/46.

haveria no sistema, ainda, os princípios. Princípios suscitam problemas de peso, e não apenas problemas de validade/invalidade, como as regras. A colisão entre princípios não exclui do ordenamento jurídico aquele não aplicável ao caso concreto em questão, tal princípio não deixa de pertencer ao sistema, apenas não é o princípio de maior “peso” (ou maior importância) na situação apreciada e, não tendo prevalência, não é, então, aplicado ao caso<sup>9</sup>.

Alexy parte da mesma premissa – a distinção qualitativa entre princípios e regras – colocando, no entanto, os princípios como “mandados de otimização”, a serem concretizados na maior medida possível, diante da situação fática em apreço. Os princípios conseguem absorver conflitos, aceitam graus de concretização, permitem um balanceamento, uma ponderação de valores, um “sopesamento”, visando o alcance de um “resultado ótimo” diante das condições presentes no caso concreto. Ao contrário das regras, que expressam direitos e deveres “*definitivos*”, os princípios expressam direitos e deveres “*prima facie*”: analisadas as possibilidades jurídicas e fáticas, os princípios serão aplicados pelo Poder Judiciário de acordo com o caso concreto, em diferentes graus. As regras, diferentemente, não podem ter sua aplicação relativizada, seguem o sistema “tudo ou nada”, são válidas ou não o são<sup>10</sup>.

Para compreender a tese de Alexy, é necessário considerar a relação entre valor, regra e princípio. O autor coloca a Constituição como uma ordem concreta de valores. A partir desta ideia, Alexy promove uma abertura do sistema constitucional, conferindo-lhe uma conotação moral. Essa aproximação do sistema constitucional a uma “moralidade” deve se basear em alicerces racionais, no entanto. Os juízos de valor a serem utilizados pelo aplicador, a valoração levada a efeito no âmbito do Poder Judiciário, pelo juiz, deve ter fundamento racional, deve poder ser racionalmente controlada<sup>11</sup>.

---

9 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42/43.

10 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 89 e ss. Esclarece, ainda, Virgílio Afonso da Silva: “Isso significa que, diante das possibilidades do caso concreto, o dever [expresso por uma norma princípio] pode não se revelar um dever definitivo, realizável. No caso concreto, o dever definitivo é aquele que é produto de uma ponderação, o sopesamento, e que é expresso por uma regra (...)”. SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, nº 1, jan/jun 2003, p. 619.

11 ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. 3ª ed. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 22-26; p. 219 e ss.

Enquanto eventuais conflitos entre regras ocorreriam em um plano abstrato, da validade, o conflito entre princípios acontece apenas no plano concreto, diante de uma situação posta, envolvendo o plano da eficácia. Tanto Alexy quanto Dworkin oferecem solução a casos em que princípios colidem entre si. A tensão dessa colisão não exclui princípios do sistema (como aconteceria com as regras, segundo os autores). No caso de conflitos entre princípios, Dworkin afirma que um princípio pode possuir maior peso do que os demais diante de determinada circunstância, atribuindo-se-lhe maior importância – ele então prevalecerá na situação concreta em apreço. Segundo o autor, a igualdade tem sempre maior peso, sendo as liberdades fundamentais entendidas a partir da igualdade (que significa tratar a todos com igual respeito)<sup>12</sup>. Já Alexy coloca que, em situações de conflito, é possível reduzir-se o âmbito de aplicação de um dos princípios em função do outro, por meio de uma técnica de ponderação de valores, que busca a aplicação máxima de cada princípio conflitante<sup>13</sup>. O conflito entre as disposições principiológicas jamais acarreta a exclusão de um princípio do sistema.

Lênio Luiz Streck critica as teorias apresentadas em diversos aspectos. Além da crítica à artificialidade da diferenciação entre *hard* e *easy cases*<sup>14</sup>, o autor ataca, ainda, a distinção entre regra e princípio. Afirma que “por trás de cada regra há um

---

12 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35/46.

13 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 89 e ss.

14 Lênio Streck, na obra já citada (*Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*), faz relevante crítica à distinção entre *hard* e *easy cases*: “Distinguir casos simples de casos difíceis significa cindir o que não pode ser cindido: o compreender, com o qual sempre operamos, que é condição de possibilidade para a interpretação (portanto, da atribuição de sentido do que seja um caso simples ou um caso complexo). Afinal, *como saber se estamos em face de um caso simples ou de um caso difícil? Já não seria um caso difícil decidir se um caso é fácil ou difícil?* (...) Por isso, a distinção ou cisão entre *easy cases* (casos simples) e *hard cases* (casos difíceis) é metafísica, porque, em um primeiro momento, antes da distinção – que tem o caráter causal-explicativo –, já há um compreender antecipador, pré-compreensivo (...). Veja-se, nesse sentido, que, embora críticos do positivismo, autores como Alexy e MacCormick fazem equivocadamente essa divisão entre ‘procedimentos interpretativos próprios para resolução de casos simples’ e ‘procedimentos interpretativos para a resolução de casos difíceis’, ao considerarem que os casos jurídicos fáceis (simples) são resolvidos pelo juiz a partir de inferência lógico-dedutiva. Essa justificação de índole lógico-dedutiva é sempre necessária, porém, por vezes, é necessário algo mais, aduzem. A *Teoria da Argumentação Jurídica* seria, assim, um *plus* em relação à mera justificação lógico-dedutiva – espécie de justificação interna (assim a denomina Alexy, enquanto MacCormick chama a esse procedimento de ‘justificação de primeiro nível’). Ou seja, quando o raciocínio lógico-dedutivo não consegue dar conta do problema, busca-se socorro na *Teoria da Argumentação Jurídica*”. STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, p. 199/201.

princípio constitucional”<sup>15</sup>, não sendo possível que a regra subsista isoladamente. A cisão entre as noções seria, segundo o autor, inadequada – defende, então, que a forma correta de incidência dos princípios é sua *aplicação* pura e simples, e não a sua ponderação como defende, por exemplo, Alexy<sup>16</sup>.

As teses apresentadas por Dworkin e Alexy não são as mais adequadas à ideia de princípio mais amplamente adotada no Brasil. Neste país, a noção mais adotada quanto à natureza dos princípios é aquela que os enuncia como normas fundantes, nucleares do sistema, de grau de importância inestimável e alto caráter estruturante. Sob a forma de princípios, expressar-se-iam os valores e escolhas fundamentais do sistema.

Defende-se que a distinção entre regras e princípios é uma distinção de grau. Canotilho, por exemplo, diferencia as normas regras das normas princípios de acordo com o grau de abstração, de determinabilidade e de fundamentalidade<sup>17</sup>. Os princípios, segundo o autor, possuem um grau de abstração relativamente elevado com relação às regras - a aplicação dos princípios exige uma construção argumentativa, sem a qual não há neles a necessária densidade.

Quanto ao grau de determinabilidade na aplicação ao caso concreto, os princípios, por serem mais abstratos e vagos, necessitam de uma “*mediação concretizadora*” do aplicador (que os densifica no momento de sua aplicação ao

---

15 STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 232.

16 Esclarece o autor: “Do mesmo modo, tem-se a inadequada compreensão acerca da tensão entre regra e princípio, que acaba sucumbindo em mais um dualismo metafísico. A regra não explica; ela esconde (a regra não desvela; ela vela). O princípio desnuda a capa de sentido imposta pela regra (pelo enunciado, que pretende impor um universo significativo auto-suficiente). (...) Eis a novidade: por trás de cada regra, passa a existir um princípio. (...) Portanto, *não se está substituindo a regra pelo princípio ao sustentar a aplicação destes no lugar da regra*. Essa ilusão poderia levar à conclusão de que essa aplicação poderia se dar nos moldes alexianos. (...) Estará equivocado aquele que achar que se trata da distinção obtida pelo ‘critério forte’, que vê nos princípios uma estrutura lógica diferenciada daquela percebida nas regras (dado A deve ser B). (...) No plano hermenêutico, há a pré-compreensão como condição de possibilidade, que impede a distinção estrutural entre regras e princípios. (...) Ora, regra e princípio são textos, d’onde se extraem normas. Regras (se se quiser, preceitos) produzidas democraticamente podem/devem, igualmente, traduzir a institucionalização da moral no direito. *A distinção regra-princípio não pode significar, assim, maior ou menor grau de subjetividade*. (...) É neste contexto que deve ser compreendida a diferença entre regra e princípio. O princípio não é a ‘norma da regra’; também a regra não é um ‘ente disperso no mundo jurídico, ainda sem sentido’. A diferença é que sempre há uma ligação hermenêutica entre regra e princípio. Isso é fundamental para a compreensão do problema. Não fosse assim e não se poderia afirmar que atrás de cada regra há um princípio”. STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”*, p. 17/19.

17 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1157/1190.



caso concreto) e do próprio legislador, mediação esta não exigida quando a trabalhar-se com normas regras<sup>18</sup>.

Ao discutir o grau de fundamentalidade no sistema das fontes, o autor defende ser essencial perceber que os princípios têm nesta estrutura uma posição hierárquica de elevada importância, estruturando o sistema como um todo. As regras não têm similar carácter de fundamentalidade. São os princípios que orientam a aplicação – e mesmo a elaboração – das regras. Os princípios têm capacidade estruturadora, tanto que, na ausência de uma regra específica, é sempre possível recorrer a um princípio à situação concreta aplicável. A regra, do ponto de vista normativo, está no mesmo plano que os princípios: ambos são normas constitucionais. Com relação à fundamentalidade, no entanto, os princípios fundam as regras – desempenham uma “função normogénica fundante”<sup>19</sup> -, constituem sua *ratio*, sendo, conseqüentemente, axiologicamente superiores. Os princípios guiam a adequada leitura das regras.

Segundo Canotilho, ainda, os princípios se aproximam mais da ideia de direito, tendo em vista que seu carácter instrumental é menor. Enquanto o conteúdo das regras é funcional, o conteúdo dos princípios está mais intimamente atrelado à garantia de justiça<sup>20</sup>. Os princípios são a expressão primeira dos valores defendidos pelo ordenamento constitucional e, portanto, informam materialmente as demais regras, legitimando o sistema como um todo, vez que expressam os valores defendidos pela sociedade.

Humberto Ávila fala em autores que sustentariam uma “distinção fraca”, meramente gradual, entre regras e princípios, e autores que defenderiam uma “distinção forte” entre as categorias, uma distinção lógica e estrutural. A diferenciação colocada pelos autores que sugerem a noção de “distinção fraca” confere aos princípios e às regras as mesmas propriedades, em graus, no entanto, diversos – enquanto os princípios seriam mais indeterminados, abstratos e gerais,

---

18 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1160.

19 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1161.

20 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1160.

as regras o seriam menos, não exigindo, assim, qualquer interferência subjetiva direta do aplicador, ao contrário dos princípios<sup>21</sup>.

Ávila trata, ainda, de uma segunda forma de diferenciação entre as categorias, chamando-a de “distinção forte entre regras e princípios”, que defende que a distinção entre as categorias estaria em sua própria estrutura normativa – os princípios e as regras já não mais têm as mesmas características e propriedades, mas diferenciam-se qualitativamente<sup>22</sup>. Principais paladinos da distinção chamada forte entre regras e princípios são, justamente, Dworkin e Alexy.

É necessário perceber a diferença entre as noções apresentadas, sob pena de incorrer em erro, adotando posicionamento contraditório com relação à classificação das normas como normas princípio ou normas regra. Virgílio Afonso da Silva coloca a questão. Com o autor: “O conceito de princípio, na teoria de Alexy, *nada* diz sobre a fundamentalidade da norma. Assim, um princípio pode ser um ‘mandamento nuclear do sistema’, *mas pode também não o ser*, já que uma norma é um princípio *apenas em razão de sua estrutura normativa* e não de sua fundamentalidade”<sup>23</sup>. Ao adotar a concepção de Alexy com relação às normas princípios, por exemplo, pode-se deparar com o fato de que normas que, diante de sua fundamentalidade, são frequentemente tidas como princípios no sistema

---

21 Segundo Ávila: “A primeira corrente [que advoga uma distinção fraca entre as categorias] sustenta que os princípios são normas portadoras de elevado grau de abstração (destinam-se a um número indeterminado de situações) e generalidade (dirigem-se a um número indeterminado de pessoas) e, por isso, exigem uma aplicação influenciada por um elevado grau de subjetividade do aplicador, contrariamente às regras, que denotam pouco ou nenhum grau de abstração (destinam-se a um número (quase) determinado de pessoas) e, por isso, demandam uma aplicação com pouca ou nenhuma influência de subjetividade do intérprete. (...) É dessa concepção que vem a afirmação de que os princípios são os alicerces, as vigas mestras ou os valores do ordenamento jurídico, sobre o qual irradiam os seus efeitos. Dela também decorrem as assertivas no sentido de que os princípios, em contraposição às regras, veiculam valores”. ÁVILA, Humberto. *Princípios e regras e a segurança jurídica*. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, v. 1, jan/mar 2006, p. 190.

22 *In verbis*: “A segunda corrente doutrinária [aquela que defende uma distinção forte entre as categorias normativas] sustenta que os princípios são normas que se caracterizam por serem aplicadas mediante ponderação com outras e por poderem ser realizadas em vários graus, contrariamente às regras, que estabelecem em sua hipótese definitivamente aquilo que é obrigatório, permitido ou proibido, e que, por isso, exigem uma aplicação mediante subsunção. (...) É dessa concepção que vem a afirmação de que os princípios são diferentes das regras relativamente ao modo de aplicação e ao modo como são solucionadas as antinomias que surgem entre eles”. ÁVILA, Humberto. *Princípios e regras e a segurança jurídica*. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, v. 1, jan/mar 2006, p. 191/192.

23 SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, nº 1, jan/jun 2003, p. 613.

constitucional brasileiro são, na verdade, regras, quando analisadas sob a perspectiva do autor<sup>24</sup>.

No presente trabalho, frise-se, adota-se a postura segundo a qual os princípios figuram como as normas base do sistema, estruturando-o como um todo, sendo normas de elevado grau de fundamentalidade e importância. As regras não teriam esse grau de fundamentalidade, tendo forte caráter instrumental e funcional, na forma de concretizações dos princípios. Não se adotam as teorias de Alexy e Dworkin – aos princípios é atribuída função diversa daquela a eles dada por tais autores. De caráter claramente fundamental e estrutural, os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da anterioridade da lei e todos os demais devem ser observados e aplicados pelo Poder Judiciário como se regras fossem – na concepção de Alexy e Dworkin, regras são -, não passíveis de relativização.

## 1.2 A LEITURA DOS PRINCÍPIOS PELO PODER JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário vem, atualmente, tomando um papel de relevo na decisão de questões de grande importância social e política no país, em substituição às instâncias políticas tradicionais, às quais cabia a deliberação sobre tais temas. Na seara eleitoral, é visível o fenômeno. Tentando ser protagonista de um processo de transformação política que julga necessário, o Poder Judiciário Eleitoral assume um papel que não lhe pertence, tomando o lugar que cabe ao legislador e levando a efeito uma série de mudanças, sem as submeter ao processo devido e sem respeitar princípios constitucionais<sup>25</sup>.

---

24 A respeito: “Caso, no entanto, prefira-se usar os critérios estabelecidos por Alexy, é preciso cuidado ao se fazer uma ‘tipologia de princípios’ – se é que alguma tipologia faz sentido quando se distinguem princípios e regras por aqueles critérios – e, mais importante, é preciso deixar de fora aquelas normas tradicionalmente chamadas de princípios – legalidade, etc. – visto que elas, a despeito de sua fundamentalidade, não poderiam mais ser consideradas como princípios, devendo ser incluídas na categoria de regras”. SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, nº 1, jan/jun 2003, p. 614.

25 Neste sentido: “O Poder Judiciário, neste ponto como em outros, resolve ‘tomar as rédeas’ da mudança da sociedade, iniciando uma eterna reforma política em face do legislador indolente, sem enfrentar o debate público na arena parlamentar, formada por representantes de distintas correntes ideológicas, e sem observar o processo constitucional de alteração de seu texto”. SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. Curitiba, 2010, 356 f. Tese

A legitimidade da atuação do Poder Judiciário exige que o órgão julgador se baseie sempre em uma prévia deliberação majoritária, seja ela constituinte ou legislativa. O Poder Judiciário não pode desempenhar a função do legislador, mesmo com o impulso da ideia de ativismo judicial e com a inoperância do Poder Legislativo atual<sup>26</sup>.

Luís Roberto Barroso aponta vários fatores determinantes para o movimento de “judicialização” atualmente assistido, como a redemocratização do país – que fortaleceu o Poder Judiciário, tornando-o um verdadeiro poder político, e reacendeu a demanda por justiça no seio da sociedade brasileira –, a constitucionalização de matérias antes não constitucionais e a estrutura dada ao controle de constitucionalidade no sistema brasileiro<sup>27</sup>. Segundo o autor, “a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política”<sup>28</sup>.

O ativismo judicial tem natureza diversa. Envolvendo uma escolha, é a opção do Poder Judiciário por uma postura proativa na concretização dos valores e fins constitucionalmente adotados, a despeito de possíveis e eventuais interferências no âmbito de atuação dos demais poderes<sup>29</sup>. Luís Roberto Barroso reconhece no

---

(Doutorado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná, p. 02.

26 Neste sentido: “A questão sobre a concretização dos princípios, pela determinação do seu significado e de seu alcance, encontra-se no centro da tensão entre democracia e jurisdição constitucional. Ainda que não se possa negar a necessidade de reservar ao Poder Judiciário a capacidade de dar um conteúdo concreto aos princípios para sua aplicação a um caso concreto (sob pena de enfraquecer a normatividade dos princípios), deve-se reconhecer a primazia do consenso democrático na concretização dos princípios, quando do seu adequado e consistente desdobramento em outros princípios e em regras constitucionais e infraconstitucionais”. SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. Curitiba, 2010, 356 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná, p. 13.

27 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Interesse Público. Belo Horizonte, v. 9, n. 46, 2007, p. 05.

28 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Interesse Público. Belo Horizonte, v. 9, n. 46, 2007, p. 05.

29 Observa o fenômeno, também, o Deputado Nazareno Fonteles, em justificativa à Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2011, que pretende alterar a quantidade mínima de votos de membros de Tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis, condicionar o efeito vinculante de Súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal a sua aprovação pelo Poder Legislativo, e submeter ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de emendas à Constituição: “O protagonismo alcançado pelo Poder Judiciário, especialmente os órgãos de cúpula, é fato notório nos dias atuais. A manifestação desse protagonismo tem ocorrido sob duas vertentes que, embora semelhantes, possuem contornos distintos: a judicialização das relações sociais e o ativismo judicial. (...) O fato é que, em prejuízo da democracia, a hipertrofia do Poder Judiciário vem deslocando boa parte dos debates de questões relevantes do Legislativo para o Judiciário. (...) As decisões proferidas nesses casos carecerão de legitimidade democrática porque não passaram pelo exame do Congresso Nacional. Estamos, de fato, diante de um risco para legitimidade democrática em nosso país. Há muito o STF deixou de ser um legislador negativo e passou a ser um legislador positivo. E

ativismo judicial três riscos específicos, que se relacionam à legitimidade democrática, à politização da justiça e à falta de capacidade institucional do Poder Judiciário para deliberar acerca de determinados temas<sup>30</sup>.

A crítica à ideia é de todo pertinente. O ativismo judicial traz a possibilidade de o Poder Judiciário substituir arbitrariamente os juízos do legislador por juízos próprios. Lênio Streck aponta que o ativismo judicial é extremamente prejudicial à democracia – equipara-o a decisionismos e relaciona-o à discricionariedade jurisdicional. Afirmo o autor que o movimento possibilita aos juízes que decidam com base em subjetivismos, muitas vezes distanciando-se do texto constitucional<sup>31</sup>.

Streck aponta, ainda, um fenômeno que chama de “panprincipiologismo”<sup>32</sup> – afirma que, quando o aplicador não concorda com a escolha expressa na lei ou na Constituição, constrói um princípio que lhe permita caminhar no sentido que deseja<sup>33</sup>. Não é possível ao aplicador, no entanto, deduzir, unicamente a partir da situação concreta e sem apoio no texto legal, princípios que lhe permitam decidir o caso em apreço no sentido que lhe parece, subjetivamente, o mais adequado. A abstração e fluidez próprias dos princípios não podem, tampouco, permitir que se insira em seu conteúdo aquilo que nele não se abarca. Ainda que ao Poder Judiciário caiba a possibilidade de concretização do conteúdo dos princípios na análise do caso concreto, importante perceber que não se faz admissível que

---

diga-se, sem legitimidade eleitoral. O certo é que o Supremo vem se tornando um superlegislativo”. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=876817&filename=PEC+33/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817&filename=PEC+33/2011) (Acesso em 04.11.2012).

30 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Interesse Público. Belo Horizonte, v. 9, n. 46, 2007, p. 08.

31 “Os juízes (e a doutrina também é culpada), que agora deveriam aplicar a Constituição e fazer filtragem das leis ruins, quer dizer, aquelas inconstitucionais, passaram a achar que sabiam mais do que o constituinte. Saímos, assim, de uma estagnação para um ativismo, entendido como a substituição do Direito por juízos subjetivos do julgador. Além disso, caímos em uma espécie de panprincipiologismo, isto é, quando não concordamos com a lei ou com a Constituição, construímos um princípio. (...) A era dos princípios não veio para transformar o Direito em um império de decisões baseadas na consciência individual de cada julgador. Princípios têm a função de resgatar o mundo prático no Direito. Por outro lado, decisionismos e/ou ativismos não são bons para a democracia”. STRECK, Lênio Luiz. *Ativismo judicial não é bom para a democracia*. Entrevista concedida a Aline Pinheiro, chefe de redação da revista Consultor Jurídico, em 15.03.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>. Acesso em 25.11.2012.

32 STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 517.

33 STRECK, Lênio Luiz. *Ativismo judicial não é bom para a democracia*. Entrevista concedida a Aline Pinheiro, chefe de redação da revista Consultor Jurídico, em 15.03.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>. Acesso em 25.11.2012.

extrapole os limites da legalidade ao definir sua extensão ou ao deduzir a partir da interpretação a eles dada regras restritivas de direitos.

Ronald Dworkin critica o ativismo judicial em sua vertente que permite que o juiz ignore o texto constitucional e as tradições de aplicação da Constituição, rejeitando a história de sua promulgação, as decisões interpretativas anteriores e a prática constitucional. Segundo o autor, “a alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania”<sup>34</sup>.

José Afonso da Silva afirma que a separação dos poderes, atribuindo as diferentes funções governamentais a diferentes órgãos, fundamenta-se em dois elementos, a *especialização funcional*, pela qual se atribui a cada órgão o exercício de uma específica função, e a *independência orgânica* – sendo imprescindível a autonomia e a ausência de meios de sujeição entre eles<sup>35</sup>.

Não se deve deixar de notar, no entanto, a necessária harmonia entre esses poderes, fundada no respeito às prerrogativas a cada um confiadas e na percepção de que a separação entre eles não se faz absoluta, sendo que interferências recíprocas “visam ao estabelecimento de um sistema de *freios e contrapesos*, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e, especialmente, dos governados”<sup>36</sup>. Já não é satisfatória a divisão rígida e estanque de funções entre os órgãos. Hoje, o estabelecimento de funções atípicas, ao lado das funções típicas, é ato necessário para sustentar a própria tripartição e não constitui ofensa à separação de poderes. Ressalta Clèmerson Merlin Clève que as atribuições de funções atípicas “não agridem a ordenação funcional do poder estatal no contexto concreto da Constituição vigente”<sup>37</sup>. No entanto, ressalte-se que “não pode ser admitida a ruptura do sistema de ordenação funcional plasmado concreta, histórica e

---

34 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 452.

35 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 109.

36 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 110.

37 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 148.

especificamente na Constituição. Qualquer quebra como esta desafia imediata censura pelos meios oferecidos pelo próprio direito constitucional”<sup>38</sup>.

Ao Tribunal Superior Eleitoral, a legislação infraconstitucional atribui uma “competência de caráter normativo”<sup>39</sup> não expressamente prevista na Constituição Federal. Existe baseada em previsão do Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965) e da Lei das Eleições (Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997), que fala na competência privativa do Tribunal Superior Eleitoral para expedição de “instruções” para a regulamentação e execução do previsto no Código Eleitoral. Mesmo diante da previsão do artigo 121<sup>40</sup>, da Constituição Federal, a Lei Ordinária nº 4.737, o Código Eleitoral, e seus dispositivos que se relacionam às competências da Justiça Eleitoral, continua em plena vigência, sendo considerado como se Lei Complementar fosse, em alguns aspectos.

As instruções e demais atos normativos que o TSE pode emitir são aquelas que colocam ações internas, não proibindo ou restringindo direitos em seara eleitoral – o que poderia fazê-lo são, exclusivamente, as leis, por força do princípio da estrita legalidade em matéria eleitoral<sup>41</sup>. Cabe ressaltar que as espécies de atos normativos a serem expedidos pelo Poder Judiciário no exercício desta competência são de nível hierárquico inferior mesmo ao regulamento: este é constitucionalmente atribuído ao Chefe do Poder Executivo, exclusivamente, nos termos do artigo 84,

---

38 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 148.

39 No Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965) é prevista “competência normativa” ao TSE no artigo 1º, parágrafo único (“Art. 1º. Este Código contém normas destinadas a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos precipuamente os de votar e ser votado. Parágrafo único. **O Tribunal Superior Eleitoral expedirá Instruções para sua fiel execução**”) e no artigo 23, inciso IX (“Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior, IX – **expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código**”). A competência em apreço é prevista, ainda, em outros diplomas normativos, como na Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997), que a prevê em seu artigo 105 (“Art. 105. Até o dia 5 de março do ano da eleição, **o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei, poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução**, ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos”), e na Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1995), que a prevê em seu artigo 61 (Art. 61. **O Tribunal Superior Eleitoral expedirá instruções para a fiel execução desta Lei.**).

40 Prevê o artigo 121 da Constituição Federal: “Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais”.

41 Com Eneida Desiree Salgado: “O princípio da estrita legalidade em matéria eleitoral impõe que as regras eleitorais devem ser estabelecidas por lei, entendida essa em sentido estrito: regras derivadas de um processo democrático de deliberação parlamentar, a partir da arena política formada por representantes das correntes de opinião da sociedade”. SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. Curitiba, 2010, 356 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná, p. 308.

inciso IV e inciso VI<sup>42</sup>, da Carta Magna. Ao restante das autoridades do Poder Executivo e dos outros poderes da União, cabem os demais atos normativos.

Eventual poder efetivamente regulamentar exige previsão expressa constitucional, vez que exceção ao princípio da legalidade – é constitucional a previsão da competência pertencente ao Presidente da República para regular leis federais, expedindo “decretos e regulamentos para sua fiel execução”, e para dispor mediante decreto sobre “a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos” e “b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos” (artigo 84, incisos IV e VI, da Constituição Federal), como explicitado, por exemplo.

A expedição de instruções visando à fiel execução das leis eleitorais não admite a possibilidade de inovar a ordem jurídica, criando ou restringindo direitos de forma não já prevista em lei ou de forma diversa da nela estabelecida. Qualquer inovação levada a efeito através de resoluções dessa natureza extrapola os limites legalmente previstos para o poder normativo do Tribunal Superior Eleitoral – carecem de legitimidade democrática e, sobretudo, usurpam competências privativas do Poder Legislativo. As resoluções, intrinsecamente inconstitucionais por não expressamente previstas na Carta Magna, devem apenas delinear o já previsto em lei, jamais inovar o ordenamento. O Tribunal Superior Eleitoral não pode, em hipótese alguma, legislar em matéria eleitoral - competência esta privativa do Poder Legislativo.

Discussão profunda a respeito cabe a seguir neste trabalho, quando da análise dos princípios da estrita legalidade e da moralidade e de suas implicações em campo eleitoral.

---

42 “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...) IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

(...) VI – dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”.



## 2 A PREVISÃO NORMATIVA E A COMPREENSÃO DOUTRINÁRIA DE DOIS PRINCÍPIOS EM APARENTE TENSÃO NO DISCURSO JUDICIAL

### 2.1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A RESERVA DE LEI

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso II<sup>43</sup>, consagra, em meio aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, o princípio da legalidade, ao enunciar que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. É princípio, como apontado por Celso Antônio Bandeira de Mello, “*específico do Estado de Direito*, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria”<sup>44</sup> – é-lhe essencial, intrínseco e estruturante<sup>45</sup>, “nasce com o Estado de Direito; é uma consequência dele”<sup>46</sup>.

Embora costumeiramente nomeado “princípio”, pertinente pequena observação quanto à natureza da legalidade. Marçal Justen Filho suscita a análise, aduzindo que a constante tendência a referir-se à norma como norma princípio liga-se a uma noção hierárquica, que confere à ideia de princípio uma importância basilar maior do que à regra – sem considerar, no entanto, que característica do princípio é a incerteza e a indeterminação de seu conteúdo, concretizado pelo aplicador<sup>47</sup>, como já aventado. Afirma o autor, então, que o artigo 5º, inciso II da Constituição Federal consagra uma “regra da legalidade”<sup>48</sup>, afastando a possibilidade de ponderação do intérprete – “caberá ao aplicador promover uma atividade de

---

43 “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

44 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 100.

45 Com Paulo Bonavides, “[o] Estado de Direito não se define apenas pela legalidade, mas pelos princípios constitucionais, por considerações superiores de mérito, que governam e fundamentam”. BONAVIDES, Paulo. *A salvaguarda da democracia constitucional*. In: MAUÉS, Antônio G. Moreira (Org.). *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 257.

46 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 99.

47 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, p. 124/125.

48 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, p. 124.

subsunção, caracterizada pela redução da autonomia de escolhas”<sup>49</sup>. Perceber a natureza de norma regra do “princípio da legalidade” é essencial para impedir que a indeterminação característica dos princípios reduza a “força vinculante” da noção de legalidade, produzindo resultados diversos daqueles buscados pelo constituinte<sup>50</sup>.

A despeito da observação feita, cabe ressaltar que, no entendimento aqui esposado, a legalidade adquire natureza de princípio, sendo norma base do sistema, estruturando-o como um todo, com elevado grau de fundamentalidade e importância. Se considerada as teorias de Alexy e Dworkin, no entanto, o princípio da legalidade deve ser observado e aplicado pelo Poder Judiciário como se regra fosse – vez que regra é -, não passível de relativização.

Aponta José Afonso da Silva que “só a lei cria direitos e impõe obrigações positivas ou negativas”<sup>51</sup>, não podendo o Estado “exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei”<sup>52</sup>. Consubstanciando meio de submeter o Estado a um controle normativo, como garantia de direitos dos particulares em face de potenciais desmandos, o princípio da legalidade busca assegurar que a atuação estatal esteja, a todo tempo, sujeita aos limites em lei estabelecidos<sup>53</sup>.

Por “lei”, deve entender-se *lei formal* – “ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular e elaborado de conformidade com o processo legislativo

---

49 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, p. 125.

50 Observa o autor: “A tendência predominante a aludir a princípio reflete uma concepção hierárquica, que reconhece maior importância ao princípio do que à regra. Alude-se a princípio da legalidade para indicar que a Constituição deu grande importância ao tema. Mas esse enfoque esquece que a natureza do princípio impõe incerteza e indeterminação ao conteúdo da norma, permitindo uma relevante margem de autonomia ao seu aplicador. Em termos práticos, afirmar a existência pura e simples de um princípio da legalidade permitiria que o processo de concretização das normas jurídicas conduzisse ao surgimento de direitos e obrigações **não** constantes em lei. Essa observação não se destina a negar à legalidade a condição de princípio. Existe o princípio da legalidade, consistente na previsão de que os direitos e obrigações serão produzidos por meio de lei. Mas o art. 5º, II, da CF/88 também consagra uma **regra da legalidade**. Trata-se de estabelecer **vedação** à criação de direitos e obrigações por meio diverso da lei”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, p. 124.

51 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 421.

52 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 420.

53 Coloca Celso Antônio Bandeira de Mello: “Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social – garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 100.

previsto na Constituição”<sup>54</sup>. Aponta, ainda, oportunamente, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>55</sup>, a partir da literalidade do dispositivo constitucional – “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de **lei**” –, que, ali, não se faz referência a decreto, regulamento, resolução ou, tampouco, portaria<sup>56</sup>: somente lei em sentido estrito, lei formal, fruto de processo legislativo regular, nos termos previstos constitucionalmente, pode impor deveres ou restrições aos particulares<sup>57</sup>.

José Afonso da Silva aponta pequena exceção. Afirma que a ideia não exclui a possibilidade que “*ato equiparado à lei formal*”<sup>58</sup> regule determinadas matérias. Ressalta, no entanto, que “ato equiparado à lei formal, no sistema constitucional brasileiro atual, serão apenas a *lei delegada* (art. 68) e as *medidas provisórias, convertidas em lei* (art. 62), as quais, contudo, só podem substituir a lei formal em relação àquelas matérias estritamente indicadas nos dispositivos referidos”<sup>59</sup>.

Justen Filho atenta, ainda, ao fato de alguns defenderem que, mais correto do que aludir à noção como “princípio da legalidade”, seria referir-se a ela enquanto “princípio da constitucionalidade” – ninguém poderia ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo *senão em virtude da Constituição*. Afasta o autor, no entanto, a noção, afirmando, com propriedade, que “o princípio da legalidade significa, em grande parte dos casos, a insuficiência da previsão constitucional para a validade da atividade administrativa”<sup>60</sup>, que torna essencial a especificação infraconstitucional<sup>61</sup>.

---

54 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 421.

55 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 102.

56 “Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coartar a liberdade dos administrados, salvo se *em lei* já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 102/103.

57 A respeito, percebe-se que “(...) a ideia matriz está em que só o Poder Legislativo pode criar regras que contenham, originariamente, novidade modificativa da ordem jurídico-formal, o que faz coincidir a competência da fonte legislativa com o *conteúdo inovativo* de suas estatuições (...)”. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 420/421.

58 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 421.

59 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 421.

60 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, p. 127/128.

61 “A Constituição é o conjunto de normas fundamentais, mas é insuficiente para disciplinar a atividade administrativa. São indispensáveis as leis (infraconstitucionais) que funcionam como garantia específica e precisa da existência de normas mais concretas e determinadas. (...) É verdade que todas as leis devem ser interpretadas de acordo com a Constituição. Quando se afirma que a

De qualquer forma, o princípio da legalidade envolve, como apontado pelo autor, “a ausência de poder normativo para a Administração Pública instituir norma jurídica que não tenha sido, antes, delineada legislativamente”<sup>62</sup>. A partir da noção, pode-se diferenciar duas manifestações do princípio, a legalidade simples e a estrita legalidade. A legalidade simples exige disciplina legal para impor direitos e obrigações, não excluindo, no entanto, a possibilidade de se estabelecer, através de lei, competências discricionárias, a fim de possibilitar a solução mais adequada às vicissitudes do caso em apreço<sup>63</sup>. A estrita legalidade, ao contrário, nasce “quando a Constituição determina a regulação normativa exaustiva por via de lei e proíbe a instituição normativa da discricionariedade”<sup>64</sup> - não há espaço para a regulamentação normativa da matéria fora do Poder Legislativo<sup>65</sup>. Adota-se a estrita legalidade “em todos os casos em que estiver em jogo um valor jurídico fundamental, cujo sacrifício fica na dependência de ser objeto da disciplina normativa”<sup>66</sup> - decisões que eventualmente ocasionem restrição parcial ou total supressão de direitos fundamentais exigem, indispensavelmente, determinação legislativa.

Perceba-se que a natureza fundamental dos direitos políticos aproxima indissociavelmente o Direito Eleitoral ao núcleo essencial dos dispositivos previstos

---

validade da atividade administrativa depende de sua compatibilidade com a lei, isso significa que a atividade administrativa é determinada, em última análise, pela própria Constituição. Mas isso não significa a desnecessidade da existência de leis infraconstitucionais disciplinadoras da atividade administrativa. Esse é um requisito necessário, mas nem sempre suficiente. Para tanto, é indispensável não só a autorização genérica da Constituição, mas também uma manifestação concreta e determinada produzida por meio de lei”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, p. 128.

62 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, p. 154. Quanto à noção de norma jurídica, aduz Justen Filho ser norma jurídica o “comando que versa sobre a conduta, resultante de um processo lógico e valorativo desenvolvido a partir do texto da lei”. Afirma, então, que “o princípio da legalidade significa, na verdade, que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da existência de uma norma jurídica produzida por uma lei”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, p. 126

63 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, p. 155.

64 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, p. 155.

65 “Portanto, a determinação constitucional da estrita legalidade significa a supressão da competência normativa externa ao Poder Legislativo para disciplina de certo tema. Nesses casos, há a determinação constitucional do exercício exaustivo e completo pelo Legislativo da competência normativa, sem margem para complementação da disciplina por meio da atuação do Poder Executivo”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, p. 155.

66 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, p. 155.

na Carta Magna. Relacionado à essência constitucional, o Direito Eleitoral é regido diretamente pelo princípio da legalidade específica, exigindo, tanto para a garantia de direitos quanto para a imposição de deveres ou sanções, *lei formal*, fruto de discussão ampla e pública no âmago do Poder Legislativo, respeitado o procedimento constitucionalmente estabelecido<sup>67</sup>.

Cabe ressaltar a conclusão lógica de tal análise: quaisquer atos provenientes do Poder Executivo ou do Poder Judiciário não são aptos a disciplinar matéria eleitoral – que só pode ser regulada por lei em sentido estrito<sup>68</sup>.

Situação diversa é assistida no país atualmente. A Justiça Eleitoral constantemente toma para si papel que não lhe compete, inovando a ordem jurídica, criando ou restringindo direitos de forma não já prevista em lei ou de forma diversa daquela nela estabelecida. Análise mais profunda a respeito será feita oportunamente.

O Direito Eleitoral, portanto, figura dentre as matérias que o legislador constituinte escolheu submeter ao princípio da reserva de lei. Cumpre atentar que o princípio da reserva de lei não se confunde com o princípio da legalidade. Este estatui subordinação à lei, atuação nos limites legislativamente estabelecidos. O princípio da reserva de lei estabelece que o condicionamento legislativo de certos assuntos deve relacionar-se, necessariamente, à lei formal<sup>69</sup>. O princípio da reserva

---

67 Neste sentido: “O princípio da estrita legalidade em matéria eleitoral impõe que as regras eleitorais devem ser estabelecidas por lei, entendida essa em sentido estrito: regras derivadas de um processo democrático de deliberação parlamentar, a partir da arena política formada por representantes das correntes de opinião da sociedade”. SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. Curitiba, 2010, 356 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná, p. 297.

68 Neste sentido: “As regras eleitorais se referem à concretização do princípio de legitimação do exercício do poder político. Exige-se, para a sua imposição, ampla discussão parlamentar, com caráter fortemente deliberativo e com a participação das minorias. A legitimidade para a restrição de direitos — direitos políticos, como a elegibilidade (...) — está, por força do princípio do Estado de Direito, no órgão representativo. Apenas o Parlamento pode ditar normas sobre a disputa eleitoral”. SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. Curitiba, 2010, 356 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná, p. 300.

69 Esclarece José Afonso da Silva: “O primeiro [*princípio da legalidade*] significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal. (...) Em verdade, o problema das relações entre os princípios da legalidade e da reserva de lei resolve-se com base no Direito Constitucional positivo, à vista do poder que a Constituição outorga ao Poder Legislativo. Quando essa outorga consiste no poder amplo e geral sobre qualquer espécie de relações, tem-se o princípio da legalidade. Quando a Constituição reserva conteúdo específico, caso a caso, à lei, encontramos-nos diante do princípio da reserva legal.” SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 422.

de lei, assim, envolve a escolha constitucional<sup>70</sup> de matérias que podem ser disciplinadas unicamente através de lei resultante de devido procedimento no Congresso Nacional<sup>71</sup>.

Aponta Celso Antônio Bandeira de Mello:

Deveras, as leis provêm de um órgão colegial – o Parlamento – no qual se congregam várias tendências ideológicas, múltiplas facções políticas, diversos segmentos representativos do espectro de interesses que concorrem na vida social, de tal sorte que o Congresso se constitui em verdadeiro cadinho onde se mesclam distintas correntes. Daí que o resultado de sua produção jurídica, as leis – que irão configurar os direitos e obrigações dos cidadãos –, necessariamente terminam por ser, quando menos em larga medida, fruto de algum temperamento entre as variadas tendências<sup>72</sup>.

As leis, submetidas a um processo de elaboração que envolve “*fiscalização social*” daquilo que possam vir a conter, são marcadas por “um grau de controlabilidade, confiabilidade, imparcialidade e qualidade normativa” em muito superior ao dos regulamentos<sup>73</sup> – por exemplo<sup>74</sup>. O Direito Eleitoral, por intimamente relacionado aos direitos políticos – direitos fundamentais do cidadão –, base do Estado Democrático de Direito erigido pela Constituição, foi elencado dentre as

70 “Esta decisão é justificada pela seleção constitucional de temas que devem ser tratados no âmbito da representação, envolvida pela legitimidade democrática e cuja decisão é passível de amplo controle dos seus fundamentos, garantido pela publicidade das discussões e pela possibilidade de participação no debate de todos os partidos com representação”. SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. Curitiba, 2010, 356 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná, p. 299.

71 Marçal Justen Filho espousa entendimento diverso. Ao diferenciar a solução vigente na França, em que se estabelece constitucionalmente um elenco de temas a serem tratados legislativamente e aquilo que ali não for abrangido resta como de competência normativa reservada ao Poder Executivo (por regulamento), afirma que “no direito brasileiro, a expressão reserva de lei até pode ser utilizada, mas não apresenta maior utilidade”. Segundo o autor, “em princípio todas as matérias são reservadas à lei, e o Poder Executivo não pode opor-se a que o Poder Legislativo discipline certos temas por meio de lei. Portanto, a Constituição brasileira reserva todos os assuntos (como regra) para serem disciplinados por lei. Não existe um conjunto de temas subordinados a uma reserva de regulamento”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, p. 135. Aqui, adota-se a tese contrária.

72 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 363.

73 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 362.

74 “Já, os regulamentos carecem de todos estes atributos e, pelo contrário, propiciam as mazelas que resultariam da falta deles, motivo pelo qual, se são perfeitamente prestantes e úteis para a simples delimitação mais minudente das providências necessárias ao cumprimento dos dispositivos legais, seriam gravemente danosos – o que é sobremodo claro em país com as características políticas do Brasil – se pudessem, por si mesmos, instaurar direitos e deveres, impondo obrigações de fazer ou não fazer. Deveras, opostamente às leis, os regulamentos são elaborados em gabinetes fechados, sem publicidade alguma, libertos de qualquer fiscalização ou controle da sociedade ou mesmo dos segmentos sociais interessados na matéria”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 362/363.

matérias a que, por exigir tratamento exclusivo por lei formal, “impõe-se uma reserva legal absoluta”<sup>75</sup>.

## 2.2 O PRINCÍPIO DA MORALIDADE E A VISÃO EXTENSIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Parte integrante do regime jurídico administrativo é o princípio da moralidade, erigido a princípio constitucional com a Constituição Federal de 1988, em que consta expressamente consignado, ao lado do princípio da legalidade e dos demais princípios constitucionais da administração pública, no artigo 37, caput<sup>76</sup>. Menção expressa ao princípio da moralidade figura também no artigo 5º, inciso LXXIII<sup>77</sup>, que dispõe acerca da possibilidade de proposição de ação popular a fim de anular ato lesivo à moralidade administrativa, e no artigo 85, inciso V<sup>78</sup>, que coloca a improbidade administrativa como crime de responsabilidade. Há menção ao princípio, ainda, no artigo 14, parágrafo 9º<sup>79</sup>, que, a fim de proteger a moralidade para o exercício do mandato – considerada a vida pregressa do candidato –, dispõe que lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade – além dos constitucionalmente estabelecidos. Recentemente, a Lei Complementar nº 135/2010,

---

75 SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. Curitiba, 2010, 356 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná, p. 299.

76 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”.

77 “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

78 “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...) V - a probidade na administração”.

79 “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: (...) §9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)”.

elaborada sob a égide deste dispositivo, foi declarada constitucional no Supremo Tribunal Federal, apesar de extremamente polêmica.

No Estado Democrático de Direito, a moral passou a ocupar espaço enquanto condição de legitimidade da atividade político-administrativa. Assiste-se um fenômeno de juridicização das normas morais<sup>80</sup>, que passaram a integrar, não apenas materialmente, mas também formalmente, o sistema – em um movimento de “moralização do direito”<sup>81</sup>.

Nos termos do princípio da moralidade, positivado constitucionalmente, “a administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos”<sup>82</sup>. Impõe-se à administração uma atuação moral, marcada por obediência à ética, lealdade, boa-fé, honestidade, uma atuação não apenas em conformidade com preceitos legais. O princípio da legalidade não é suficiente para sustentar a ação administrativa, que deve respeitar os preceitos da moralidade, enquanto dever geral de boa administração.

A ação administrativa que desrespeite a moralidade pode ser anulada. Neste sentido, coloca Celso Antonio Bandeira de Mello que violar os princípios éticos aos quais o princípio da moralidade impõe observância “implicará violação ao próprio Direito, configurando *ilicitude* que assujeita a conduta viciada à invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de *pauta jurídica*, na conformidade do artigo 37 da Constituição”<sup>83</sup>. Helly Lopes Meirelles caminha no mesmo sentido, afirmando que “a moralidade administrativa constitui hoje em dia pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública. (...) O certo é que a moralidade do ato administrativo,

---

80 “É que o sistema jurídico democrático fundamenta-se na legitimidade, a qual se compõe com o elemento da moralidade pública socialmente afirmada. Por isso, no sistema constitucional dos povos contemporâneos, a moralidade pública adotou aquela forma jurídica, fez-se princípio fundamental e dotou-se de natureza e vigor normativo”. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 183.

81 Afirma Vicente Rao: “Se em todos os tempos se proclamou que o direito, ao se concretizar em normas obrigatórias, há de respeitar os princípios da Moral, hoje, mais do que nunca se acentua a tendência que as normas morais revelam no sentido de sua transformação em normas jurídicas; *acentua-se, isto é, a tendência para a moralização do direito*”. RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 69/70.

82 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 119.

83 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 119.



juntamente com sua legalidade e finalidade, constituem pressupostos de validade, sem os quais toda atividade pública será ilegítima”<sup>84</sup>.

A “moral administrativa” não se confunde, no entanto, com a moral comum. Diferentemente desta, eminentemente subjetiva, a moral administrativa é objetiva, não se influencia segundo impressões ou preceitos individuais. Ainda que trate de padrões éticos, o princípio da moralidade não envolve noções puramente pessoais, mas um conteúdo objetivo, surgido do próprio sistema jurídico como um todo. Aduz Helly Lopes Meirelles, com Hauriou, sistematizador do conceito discutido, que “não se trata (...) da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como ‘o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração’”<sup>85</sup>.

Oportunamente, aponta Celso Antônio Bandeira de Mello que mera ofensa à noção de moral socialmente estabelecida não será suficiente para atingir o princípio jurídico da moralidade - “este será havido como transgredido quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado”<sup>86</sup>.

Esclarece, ainda, Romeu Felipe Bacellar Filho, ao aduzir que “a afirmação da moralidade administrativa como princípio da Administração Pública juridiciza a ética na atividade administrativa. Introduce o conceito de boa administração, da moral administrativa especializada em face da moralidade comum”<sup>87</sup>.

Bandeira de Mello atribui ao princípio da moralidade um sentido mais estrito do que o trazido por Hauriou em suas lições, ao identificá-lo com os chamados princípios da lealdade e da boa-fé – “segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e

---

84 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 79/80.

85 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 79. Segue o autor: “Desenvolvendo a sua doutrina, explica o mesmo autor [Hauriou] que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de direito e de moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos – ‘non omne quod licet honestum est’. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para a sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve, e a finalidade de sua ação: o bem comum” (p. 79/80).

86 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 120.

87 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 192.

lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos”<sup>88</sup>.

Márcio Cammarosano afirma, no entanto, que “essa referibilidade a valores juridicizados, consubstanciados em normas e princípios, não nos permite reconhecer a moralidade administrativa como princípio dotado de autonomia”<sup>89</sup>. Afirma que “só se pode falar em ofensa à moralidade administrativa se a ofensa ao Direito caracterizar também ofensa a preceito moral por ele juridicizado, e não é o princípio da moralidade que, de per si, juridiciza preceitos morais”<sup>90</sup>.

Embora diversa da noção de moralidade comum, a ideia de moralidade administrativa não é a ela completamente oposta. Maurício Antonio Ribeiro Lopes aduz que “a moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum o que, contudo, não as antagoniza, pelo contrário, são complementares. A moralidade administrativa é composta de regras de boa administração, ou seja: pelo conjunto de regras finais e disciplinares suscitadas não só pela distinção entre os valores antagônicos – bem e mal; legal e ilegal; justo e injusto – mas também pela ideia geral de administração e pela ideia de função administrativa”<sup>91</sup>.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que “a moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos”<sup>92</sup>. Defendendo a autonomia do princípio da moralidade, ao contrário do entendimento esposado por Cammarosano, afirma que o princípio da moralidade “exige da

---

88 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 119/120.

89 CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 111.

90 CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 114. Aponta, ainda, que “(...) não é possível dissociar a ideia de moral – moral comum ou jurídica – da ideia de liberdade, de consciência, de livre arbítrio. A ética diz respeito ao comportamento humano apenas em razão mesmo dos atributos do homem, que tem a faculdade de, controlando seus instintos, criar sua própria escala de valores, determinando-se por ela. É essa liberdade decisória – sem embargo dos condicionamentos individuais e sociais a que estamos todos sujeitos – que nos permitem censurar ou elogiar este ou aquele comportamento como sendo bom ou mau. Se não há liberdade, não há o que censurar ou aplaudir, não como aplicar sanções ou premiar” (p. 113/114).

91 LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Ética e administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 29.

92 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 111.

Administração comportamento não apenas lícito, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade”<sup>93</sup>.

Cumprido reafirmar que o respeito ao princípio da legalidade não seria, então, suficiente para sustentar a ação administrativa, que deve respeitar os preceitos da moralidade<sup>94</sup>. Neste sentido, caminha Marçal Justen Filho aduzindo que “a ausência de disciplina legal não autoriza o administrador ou o particular a uma conduta ofensiva à ética e à moral. A moralidade soma-se à legalidade. Assim, uma conduta compatível com a lei, mas imoral, será inválida”<sup>95</sup>. Assim, além de limitada aos mandamentos legais, em respeito ao princípio da legalidade, a administração pública vincula-se indissociavelmente à moralidade.

A dificuldade de determinação do núcleo significativo do princípio instiga dúvidas quanto a sua autonomia com relação ao princípio da legalidade, como já exposto. Há doutrinadores que, inclusive, não consideram sua existência, entendendo que o princípio da moralidade está compreendido no próprio princípio da legalidade<sup>96</sup>. Mencione-se, no entanto, que tal entendimento não é compatível com o sistema jurídico brasileiro, que prevê os princípios da legalidade e da moralidade como princípios autônomos<sup>97</sup>.

A delimitação do cerne do princípio é essencial para evitar que o instituto acabe inócuo. Importante, no entanto, perceber que, não obstante as considerações

---

93 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 358/359.

94 Neste sentido: “A legalidade, que é o cerne de todos os demais princípios constitucionais, deve ser compreendida como legalidade ética, isto é, legalidade sempre associada à moral na gestão pública. A legalidade desprovida de conteúdo ético constitui insuportável distanciamento entre direito e a justiça e, por isso, não legitima a conduta pública”. PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios Constitucionais reguladores da Administração Pública*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 31.

95 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 1998, p. 58.

96 Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, coloca o princípio jurídico da moralidade administrativa como “um reforço ao princípio da legalidade, dando-lhe um âmbito mais compreensivo do que normalmente teria”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 120.

97 Confirma tal entendimento o fato de o princípio da moralidade ser expressamente previsto, de forma autônoma ao princípio da legalidade, em diversos dispositivos legais: o princípio da moralidade consta expressamente consignado, ao lado do princípio da legalidade e dos demais princípios constitucionais de direito administrativo, no artigo 37, caput. Menção expressa ao princípio da moralidade figura também no artigo 5º, inciso LXXIII, no artigo 85, inciso V e no artigo 14, parágrafo 9º, por exemplo. Quanto à autonomia do princípio da moralidade, conclui Maria Sylvia Zanella di Pietro: “É evidente que, a partir do momento em que o desvio de poder foi considerado como ato ilegal e não apenas imoral a moralidade administrativa teve seu campo reduzido; o que não impede, diante do direito positivo brasileiro, o reconhecimento de sua existência como princípio autônomo”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 71.

tecidas, não há como definir *a priori* o conteúdo do princípio da moralidade, fluído e maleável, vez que sem tipificação exata. Aponta Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt a natureza de “conceito jurídico indeterminado” que envolve a noção de moralidade administrativa<sup>98</sup>. Não é possível, de pronto, determinar, abstratamente, o conteúdo do princípio.

Perceba-se, no entanto, que, apesar do assinalado, o conceito indeterminado não deixa de apresentar-se *determinável*, de possuir certa densidade mínima<sup>99</sup> – limites são inerentes à natureza de todo conceito, que, por ser conceito, é limitado. Não existe imprecisão absoluta, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>100</sup>. Ressalta o autor, acerca da natureza da noção, que todo conceito jurídico indeterminado comporta duas zonas de certeza<sup>101</sup>, uma zona de certeza positiva, na qual o conceito certamente incide, e uma zona de certeza negativa, não abrigada, de forma alguma, pelo conteúdo do conceito<sup>102</sup>. Atente-se que “entre estes marcos, há uma área nebulosa de indefinição em que uma gama enorme de situações podem ser inseridas e com características das delimitações externas do conceito”<sup>103</sup>. No intervalo entre as zonas de certeza haveria, portanto, um espaço de indeterminação<sup>104</sup>.

---

98 BITTENCOURT, Marcus Vinicius Correa. *Moralidade Administrativa: Evolução e Conteúdo*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord. Geral); MOTTA, Paulo Roberto Ferreira ; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo: estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 214.

99 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 28/29.

100 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 927.

101 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 928. A respeito, afirma ainda: “É indubitável que os seres humanos podem acordar, em tempo e local certos, a respeito do conteúdo mínimo, da significação mínima, daqueles conceitos. Logo, jamais o agente administrativo poderia, em nome da fluidez desses conceitos, tomá-los ou acolhê-los em uma significação não comportada por esse âmbito mínimo que conota e denota a palavra, o conceito, portanto”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 29.

102 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 29.

103 BITTENCOURT, Marcus Vinicius Correa. *Moralidade Administrativa: Evolução e Conteúdo*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord. Geral); MOTTA, Paulo Roberto Ferreira ; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo: estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 213.

104 No mesmo sentido, Marçal Justen Filho: “Há um núcleo de certeza positiva, correspondente ao âmbito de abrangência inquestionável do conceito. Há outro núcleo de certeza negativa, que indica a área a que o conceito não se aplica. Entre esses dois pontos extremos, coloca-se a zona de incerteza. À medida que se afasta do núcleo de certeza positiva, reduz-se a precisão na aplicação do conceito. Aproximando-se do núcleo de certeza negativa, amplia-se a pretensão de inaplicabilidade do conceito. Não existe, porém, um limite exato acerca dos contornos do conceito”. JUSTEN FILHO,

Resta nas mãos do aplicador a tarefa de *determinar o indeterminado*. Frise-se que o trabalho, no entanto, não é, de forma alguma, livre de qualquer controle<sup>105</sup> - “a incompatibilidade entre o limite do conceito e a atuação do aplicador resolve-se na invalidação desta última”<sup>106</sup>.

Ao lado dos ensinamentos doutrinários, cabe assinalar a divergência acerca do conteúdo do princípio da moralidade nos Tribunais Superiores. Um dos acórdãos paradigmáticos acerca da questão, expondo o entendimento posteriormente amplamente adotado pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema, foi proferido no RE 579.951-4/RN<sup>107</sup>, de relatoria do Sr. Ministro Ricardo Lewandowski, em que se discutia acerca da vedação do nepotismo no âmbito do Poder Executivo. Há época, não havia qualquer norma que vedasse a prática para além do âmbito do Poder Judiciário<sup>108</sup>. Defendeu-se, então, que a proibição decorreria diretamente dos

---

Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 1998, p. 17/18.

105 Aponta Marçal Justen Filho que “a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados não deságua na liberação do aplicador do Direito para adotar qualquer solução, a seu bel-prazer. Aliás, muito pelo contrário. Conduz a restringir a liberdade na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 1998, p. 17/18. Quanto ao tema, ainda, aduz Celso Antonio Bandeira de Mello que “nada importará a concepção particular, pessoalíssima, que alguma autoridade tenha (real ou pretensamente), sobre o que é ‘segurança jurídica’, ‘moralidade pública’, ‘urgência’, ‘interesse público relevante’, ‘tranquilidade pública’ ou de outros conceitos fluidos do gênero. (...) Tais conceitos não têm elastério determinado pelo peculiar subjetivismo (verdadeiro ou não) do agente tal ou qual, mas cinge-se a um campo delimitado pela inteligência *razoável*, corrente, isto é, aquela que é normalmente captada pelos administrados, porquanto para reger-lhes os comportamentos é que a regra foi editada”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 30.

106 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 1998, p. 17/18.

107 RE 579.951-4/RN, Supremo Tribunal Federal, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 20.08.2008, DJ nº 202, 23.10.2008.

108 Atualmente, a vedação ao nepotismo, além de decorrer da força normativa dos princípios constitucionais, emana de uma série de previsões normativas. No âmbito do Poder Executivo, há previsão no Estatuto dos Servidores da União, Lei nº 8.112/1990, que, em seu artigo 117, inciso VIII, proíbe o servidor de “manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil”. No Poder Executivo Federal, dispõe sobre a vedação do nepotismo o Decreto nº 7.203, de 04/06/2010. No âmbito do Poder Judiciário, foi editada, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a Resolução nº 7 (18/10/2005), alterada pelas Resoluções nº 9 (06/12/2005) e nº 21 (29/08/2006). Para o Ministério Público, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) publicou as Resoluções de nº 1 (04/11/2005), nº 7 (14/04/2006) e nº 21 (19/06/2007). Ainda a respeito, em agosto de 2008, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 13, proibindo o nepotismo em todos os órgãos do Estado, incluindo as estruturas do Poder Executivo e Legislativo e atingindo também a administração pública indireta. Estabelece a Súmula, *in verbis*: “A nomeação de cônjuge, companheiro, ou parente, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o 3º grau inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta ou indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

princípios albergados no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, em especial, do agora tratado princípio da moralidade.

Em seu voto, o Sr. Ministro Lewandowski expõe:

A Constituição de 1988, em seu art. 37, *caput*, preceitua que a Administração Pública rege-se por princípios destinados a resguardar o interesse público na tutela dos bens da coletividade.

Esses princípios, dentre os quais destaco o da moralidade e o da impessoalidade, exigem que o agente público paute a sua conduta por padrões éticos que têm como fim último lograr a consecução do bem comum, seja qual for a esfera de poder ou o nível político-administrativo da Federação em que atue.

Como se vê, as restrições impostas à atuação do administrador público pelo princípio da moralidade e demais postulados contidos no referido dispositivo da Constituição são auto-aplicáveis, visto que trazem em si carga de normatividade apta a produzir efeitos jurídicos, permitindo, em consequência, ao Judiciário exercer o controle dos atos que vulnerarem os valores fundantes do texto constitucional.

Não se olvide, ademais, que o estrito respeito a esses postulados, em especial ao da moralidade, por parte do administrador público, configura pressuposto de validade de seus atos, como se decidiu na ADI nº 2.661/MA, que teve como relator o Ministro Celso de Mello (...).<sup>109</sup>

Da ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.661/MA merece destaque o seguinte trecho: “O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais”<sup>110</sup>.

A respeito do princípio da moralidade e sua relação com os demais princípios – em especial, o princípio da legalidade –, cita-se o entendimento trazido, em sede doutrinária, por Carmen Lúcia Antunes Rocha, em trecho também referido pelo Sr. Ministro Lewandowski em voto proferido no Recurso Extraordinário já comentado, que coloca a noção de que o princípio da moralidade teria, dentre os princípios constitucionais de direito administrativo, precedência, informando a interpretação e aplicação dos demais:

O princípio da moralidade administrativa tem uma primazia sobre os outros princípios constitucionalmente formulados, por constituir-se, em sua exigência, de elemento interno a fornecer a substância válida do comportamento público. Toda atuação administrativa parte deste princípio e a ele se volta. Os demais princípios constitucionais, expressos ou implícitos,

109 RE 579.951-4/RN, Supremo Tribunal Federal, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 20.08.2008, DJ nº 202, 23.10.2008.

110 ADI 2.661/MA, Relator Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 05.06.2002, DJ 23.08.2002.

somente podem ter a sua leitura correta no sentido de admitir a moralidade como parte integrante do seu conteúdo. Assim, o que se exige, no sistema de Estado Democrático de Direito no presente, é a legalidade moral, vale dizer, a legalidade legítima da conduta administrativa.<sup>111</sup>

O entendimento adotado pelo Ministro Lewandoski de que o princípio da moralidade teria primazia sobre os demais atinge frontalmente noções como a albergada pelo princípio da unidade da Constituição, segundo o qual as normas constitucionais devem ser consideradas de forma integrada, e não isoladamente, a fim de contornar eventuais contradições aparentemente existentes<sup>112</sup> - “daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios”<sup>113</sup>.

Decorrência desse princípio é a consideração de que todas as normas constitucionais possuem igual dignidade, não havendo entre elas hierarquia – não há prevalência de uma norma constitucional sobre outra, não ocorrendo superposição de normas conflitantes. A defesa de uma hierarquia entre as normas constitucionais originárias não é compatível com o sistema brasileiro: o fundamento de validade de todas as normas constitucionais originárias jaz na mesma base, o poder constituinte originário.

Dessa forma, indispensável ressaltar que os princípios constitucionais não guardam entre si qualquer relação de hierarquia. Daí decorre a conclusão essencial de que invocar o princípio da moralidade não enseja de forma ou maneira alguma a negação ou supressão do conteúdo do princípio da legalidade.

O Ministro Lewandowski, ainda no voto proferido no referido Recurso Extraordinário, comenta acerca da sindicabilidade de atos administrativos pelo Poder Judiciário, quando considerados desrespeitosos à noção de moralidade expressa no princípio constitucionalmente positivado. A consideração é tecida a partir de trecho

---

111 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 213/214.

112 “O princípio da unidade da Constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que o Direito Constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas e, sobretudo, entre os princípios jurídicos-políticos constitucionalmente estruturantes. Como ‘ponto de orientação’, ‘guia de discussão’ e ‘factor hermenêutico de decisão’ o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão [...] existentes entre as normas constitucionais a concretizar”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 162.

113 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 162.

do voto do Sr. Ministro Joaquim Barbosa na Medida Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade nº 12/DF, em que este afirma o papel que entende ter a justiça constitucional na correção de atos administrativos que atingem o princípio da moralidade, ou seja, que contrastam com uma noção de “moral coletiva” composta por um conjunto de valores enraizados na sociedade e decorrentes do “povo”. Cabe observar que, muitas vezes, a ideia de “povo”, abstratamente construída, é colocada enquanto “instância de legitimação” <sup>114</sup> de um conceito de moral oportunamente elaborado.

O direito não pode dissociar-se da Moral, isto é, de uma **moral coletiva**, pois ele reflete um conjunto de **crenças e valores** profundamente arraigados, que emanam da **autoridade soberana**, ou seja, do **povo**. Quando, em determinada sociedade, há sinais de dissociação entre esses valores comunitários e certos padrões de alguns segmentos do aparelho estatal, tem-se **grave sintoma** de anomalia, a requerer a intervenção da justiça constitucional como força intermediadora e corretiva <sup>115</sup> (grifos no original).

Segue o Ministro Lewandowski, no voto em sede de Recurso Extraordinário, recorrendo a respeito da indissociável relação entre o conteúdo dos princípios constitucionais e sua interpretação e o “substrato espiritual que se consubstancia em um determinado povo”, nas palavras de Konrad Hesse<sup>116</sup>. Indissociáveis, portanto, no entendimento do Ministro, a “moral coletiva” socialmente enraizada e decorrente do “povo”, citada pelo Sr. Ministro Barbosa no trecho acima referido, e o conteúdo do princípio da moralidade e sua interpretação (e a interpretação da Constituição como um todo), intimamente relacionada às condições históricas de sua realização.

A respeito, pertinente o apontamento de Eneida Desiree Salgado, que, ao observar que o artigo 3º do texto constitucional aponta para a adoção de determinados princípios morais como objetivos da República Brasileira, afirma que “há compartilhamento de uma moralidade, mas de uma *moralidade objetiva*, relacionada aos valores públicos, sem que isso derive da imposição estatal de um

114 À noção de “povo”, pode ser atribuída a função de instância global de atribuição de legitimidade, nos termos propostos por Friedrich Müller (MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A Questão Fundamental da Democracia. 3ª ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003, p. 59/64), a fim de corroborar ações e ideias como se fossem surgidas no seio social e sustentadas pela “vontade povo”.

115 RE 579.951-4/RN, Supremo Tribunal Federal, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 20.08.2008, DJ nº 202, 23.10.2008.

116 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 14/15.



conteúdo específico” <sup>117</sup>. Não se permite ao Estado a composição unilateral do sentido que completa os princípios morais a que faz referência o artigo mencionado e diversos outros dispositivos constitucionais. O conteúdo não é, tampouco, ditado por uma moralidade de cunho subjetivo, que envolva noções puramente pessoais, mas por um conteúdo objetivo, surgido do próprio sistema jurídico como um todo, por uma moralidade objetiva.

Quanto ao tema, versa o Sr. Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido na Medida Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade nº 12/DF, já referida: “Essa moralidade não é elemento do ato administrativo, como ressalta Gordilho, mas compõe-se dos valores éticos compartilhados culturalmente pela comunidade e que fazem parte, por isso, da ordem jurídica vigente” <sup>118</sup>. A Ação Direta de Constitucionalidade nº 12/DF foi ajuizada em prol da Resolução nº 07, de 18/10/2005, do Conselho Nacional de Justiça, que pretendeu disciplinar “o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e de assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências” <sup>119</sup>, a fim de vedar, no âmbito do Poder Judiciário, o nepotismo.

O Ministro Gilmar Mendes expõe, na mesma oportunidade, ainda, o entendimento de que “a indeterminação semântica” dos princípios (da moralidade e demais) não poderia ser um impedimento à determinação de eventuais regras que surjam no âmbito do Poder Judiciário a fim de impedir condutas consideradas “imorais”.

A indeterminação semântica dos princípios da moralidade e da impessoalidade não pode ser um obstáculo à determinação da regra da proibição ao nepotismo. Como bem anota García de Enterría, na estrutura de todo conceito indeterminado é identificável um ‘núcleo fixo’ (Begriffkern) ou ‘zona de certeza’, que é configurada por dados prévios e seguros, dos quais pode ser extraída uma regra aplicável ao caso. A vedação ao nepotismo é regra constitucional que está na zona de certeza dos princípios da moralidade e da impessoalidade <sup>120</sup>.

---

117 SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. Curitiba, 2010, 356 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná, p. 23.

118 MC na ADI 12/DF, Relator Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 16.02.2006, DJ 01.09.2006.

119 Como consta da ementa da resolução em comento.

120 MC na ADI 12/DF, Relator Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 16.02.2006, DJ 01.09.2006.

No trecho disposto, resta clara a intenção de fundamentar a possibilidade de concretização do conteúdo de princípios como o princípio da moralidade, de natureza essencialmente fluída e indeterminada, em sede jurisdicional, a partir da dedução de regras contidas em um “núcleo fixo ou zona de certeza” no “interior do princípio”. Cabe, neste ponto, crítica ao entendimento esposado pelo Ministro. Afirmar que princípios como o princípio da moralidade são dotados, como obviamente se deduz, de conteúdo, não permite usá-los diretamente para restringir direitos fundamentais em ausência de lei. A tarefa conferida ao aplicador de determinar o conteúdo indeterminado do princípio, conferindo-lhe concretude, não é livre de qualquer controle, não permite que se insira em seu núcleo conteúdo com ele não compatível e não permite sua aplicação a situações por ele não albergadas – não permite, frise-se, usar o princípio diretamente para restringir direitos em ausência de lei, em prejuízo do princípio da legalidade. Não é lícito ao Poder Judiciário, extrapolando limites de legalidade, definir a extensão de princípios a fim de, mascaradamente, inovar a ordem jurídica<sup>121</sup>.

Observe-se, como caso típico, novamente, trecho do voto proferido pelo Sr. Ministro Ricardo Lewandowski no RE nº 579.951-4/RN, amplamente citado, em que comenta o tema, especificamente, quanto à dedução de vedação do nepotismo a partir do princípio da moralidade, em que afirma a desnecessidade de “norma secundária [à época, inexistente<sup>122</sup>] que obste formalmente essa reprovável conduta”. *In verbis*:

Ora, tendo em conta a expressiva densidade axiológica e a elevada carga normativa que encerram os princípios abrigados no *caput* do artigo 37 da Constituição, não há como deixar de concluir que a proibição do nepotismo independe de norma secundária que obste formalmente essa reprovável conduta. Para o expurgo de tal prática, que lamentavelmente resiste incólume em alguns “bolsões” de atraso constitucional que ainda existem no País, basta contrastar as circunstâncias de cada caso concreto com o que se contém no referido dispositivo constitucional<sup>123</sup>.

Ainda que ao Judiciário caiba a possibilidade de concretização do conteúdo dos princípios na análise do caso concreto, importante perceber que não se faz admissível que extrapole os limites da legalidade ao definir sua extensão ou ao

121 Quanto à concretização do conteúdo de princípios em sede jurisdicional, vide nota nº 26.

122 Quanto à regulamentação existente atualmente a respeito da matéria, vide nota nº 108.

123 RE 579.951-4/RN, Supremo Tribunal Federal, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 20.08.2008, DJ nº 202, 23.10.2008.

deduzir a partir da interpretação a eles dada regras restritivas de direitos. Conferir ao princípio da moralidade um conteúdo de base subjetivista, influenciado por impressões ou preceitos individuais desvirtua sua base. A “moral administrativa”, consubstanciada constitucionalmente no princípio da moralidade positivado, não se confunde com a moral comum – a moral administrativa é objetiva. Qualquer relativização excessiva de seu conteúdo pode conduzir a um moralismo baseado em impressões puramente pessoais, construídas, muitas vezes, dentro dos próprios Tribunais Superiores e com forte apelo popular e extrajudicial.

Lênio Streck aduz, acertadamente, que em Constituições como a brasileira, detalhadas e altamente compromissárias, os elementos valorativos que, em outros ordenamentos jurídicos, necessita-se buscar fora do sistema já estão devidamente abarcados pelo texto constitucional. No caso brasileiro, a indeterminação dos princípios não exige que se recorra, necessariamente, a argumentos externos ao ordenamento<sup>124</sup>. Os elementos necessários para a concretização de conceitos fluidos podem ser encontrados no âmago do próprio sistema, não precisando ser, de todo, buscados fora dele<sup>125</sup>.

O “moralismo” em seara eleitoral, que serve de argumento para atos de restrição de direitos, principalmente do direito político passivo dos cidadãos, esbarra nestes problemas, tornando debates essencialmente jurídicos (acerca da possibilidade de limitação de um direito fundamental ou acerca da consequência de um embate entre princípios) em debates de cunho moral e moralizante, ao preencher o sentido indeterminado do princípio da moralidade com um conteúdo de

---

124 Com o autor: “Além do mais, enquanto Dworkin sustenta que a indeterminação de regras jurídicas obriga a recorrer a direitos ou a argumentos principiológicos que se encontram fora da ordem jurídica positiva, não podendo, assim, ser identificados por meio de regra de reconhecimento, em sistemas jurídicos como o brasileiro essa questão assume outra dimensão, isto é, a Constituição abarca em seu texto um conjunto principiológico que contém a co-originariedade entre direito e moral – e nisso Habermas tem inteira razão –, isto é, aquilo que Dworkin necessita buscar “fora” do sistema, já está contemplado em Constituições fortemente compromissórias como a brasileira. Portanto, na situação hermenêutica (no sentido gadameriano do conceito) da Constituição do Brasil, o discurso moral-principiológico não vem de fora, para atuar como corretivo para os ‘impasses’ interpretativos, até porque, e isto parece evidente, o direito é aberto à moral, mas não é dela dependente, como quer, v.g., Alexy. (...) Como já dito, é exatamente por isso que os princípios não ‘abrem’ o processo interpretativo em favor de arbitrariedades; ao contrário, a *applicatio*, a partir dos teoremas fundamentais da hermenêutica (...) proporciona um ‘fechamento’ da interpretação, isto é, serve como blindagem contra a ‘livre atribuição de sentidos’”. STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 211/212.

125 Adota-se, neste trabalho, como já apontado, o entendimento de que um sistema constitucional como o brasileiro, apesar de aberto, não exige que se busque fora dele os elementos de que necessita.

ordem subjetiva forjado pelo Poder Judiciário, com apelo a elementos valorativos externos ao ordenamento jurídico.

### 3 O EMBATE DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA MORALIDADE NA JURISDIÇÃO ELEITORAL BRASILEIRA

#### 3.1 O PAPEL DA JURISDIÇÃO ELEITORAL BRASILEIRA

A Justiça Eleitoral no Brasil surgiu a partir da Revolução de 1930, para possibilitar a substituição de um sistema político de verificação de poderes, que envolvia o Poder Legislativo e o Poder Executivo, por um controle mais rígido do processo eleitoral nacional, levado a efeito por um órgão que desfrutasse de confiança social e neutralidade: o Poder Judiciário<sup>126</sup>.

Criou-se, então, a Justiça Eleitoral, que reúne competências jurisdicionais, administrativas, consultivas, de verificação de poderes e, ainda, competência normativa. Observe-se que a criação do Tribunal Superior Eleitoral, dos Tribunais Regionais Eleitorais e demais órgãos da Justiça Eleitoral deu-se a partir do Decreto nº 21.076, de 1932 – o Código Eleitoral –, antes mesmo de previsão constitucional (que sobreveio em 1934).

Como já apontado, ao Tribunal Superior Eleitoral, a legislação infraconstitucional atribui uma “competência de caráter regulamentar (normativo)” não expressamente prevista na Constituição Federal, e que, portanto, não pode ser considerada efetivamente regulamentar ou normativa. Existe baseada em previsão do Código Eleitoral e da Lei das Eleições<sup>127</sup>, que fala em competência privativa do Tribunal Superior Eleitoral para expedição de “instruções”<sup>128</sup> para a regulamentação

---

126 “Sua criação [da Justiça Eleitoral] visou a substituir o então *sistema político* de aferição de poderes (feita pelos órgãos legislativos), pelo *sistema jurisdicional*, em que se incluíam todas as atribuições referentes ao direito político-eleitoral. É o *contencioso jurisdicional eleitoral*, peculiaridade constitucional brasileira, que tem revelado excelentes resultados, já existente em outros países”. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 581.

127 Vide nota nº 39.

128 As instruções normativas editadas pela Justiça Eleitoral assumem a força de resoluções eleitorais, devendo ser vistas como uma manifestação de amplitude ainda mais estrita. Quanto às diferenças entre as noções: “Instruções normativas são atos administrativos normativos expedidos pelos Ministros de Estado para execução das leis, decretos e regulamentos (CF, art. 87, parágrafo único, inciso II), mas são também utilizadas por outros órgãos superiores para o mesmo fim”. As “resoluções são atos administrativos normativos expedidos pelas altas autoridades do Executivo (mas não pelo Chefe do Executivo, que só deve expedir decretos) ou pelos presidentes de tribunais, órgãos legislativos e colegiados administrativos, para disciplinar matéria de sua competência

e execução do previsto no Código Eleitoral. As instruções que o Tribunal Superior Eleitoral pode emitir são aquelas que colocam ações internas, não proibindo e restringindo direitos – o que pode fazê-lo são exclusivamente, as leis, por força do princípio da estrita legalidade em matéria eleitoral<sup>129</sup>. Eventual poder efetivamente regulamentar exige previsão expressa constitucional, vez que exceção ao princípio da legalidade – é constitucional a previsão, por exemplo, da competência pertencente ao Presidente da República para regular leis federais (artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal), e para dispor mediante decreto sobre “a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos” e “b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos” (artigo 84, inciso VI, da Constituição Federal), como explicitado. É no texto constitucional que a competência regulamentar deve encontrar seu fundamento legitimador.

O poder regulamentar, segundo ensina Maria Sylvia di Pietro, é “uma das formas pelas quais se expressa a função normativa do Poder Executivo. Pode ser definido como o que cabe ao Chefe do Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios, de editar normas complementares à lei, para sua fiel execução”<sup>130</sup>. O exercício desta competência é sujeita a controles parlamentar e jurisdicional<sup>131</sup>.

---

específica”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 181/183.

129 “O princípio da estrita legalidade em matéria eleitoral impõe que as regras eleitorais devem ser estabelecidas por lei, entendida essa em sentido estrito: regras derivadas de um processo democrático de deliberação parlamentar, a partir da arena política formada por representantes das correntes de opinião da sociedade”. SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. Curitiba, 2010, 356 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná, p. 308.

130 DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 109.

131 A respeito, dispõe o artigo 49, V, da Constituição Federal: “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”. Ainda, se o ato regulamentar mostrar-se *contra legem*, extrapolando os limites legais, viável será o controle de legalidade resultante do confronto do ato com a lei. Recente entendimento coloca a possibilidade de controle de constitucionalidade das resoluções pelo Supremo Tribunal Federal. Se o ato ofender diretamente a Constituição, poderá sofrer controle de constitucionalidade pela via direta. Atualmente, é cabível a impugnação direta de atos regulamentares pela arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), prevista no artigo 102, § 1º, da Constituição. A omissão da Administração Pública em sua função regulamentar também pode ser controlada pelo Poder Judiciário, através do mandado de injunção ou da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão. A esse respeito: “(...) RESOLUÇÃO TSE Nº 21.702/2004 - DEFINIÇÃO DE CRITÉRIOS A SEREM OBSERVADOS PELAS CÂMARAS MUNICIPAIS, NA FIXAÇÃO DO RESPECTIVO NÚMERO DE VEREADORES - ALEGAÇÃO DE QUE ESSE ATO REVESTIR-SE-IA DE NATUREZA MERAMENTE REGULAMENTAR - RECONHECIMENTO DO CONTEÚDO NORMATIVO DA RESOLUÇÃO QUESTIONADA - PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO REJEITADA. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em tema de fiscalização concentrada de constitucionalidade, firmou-se no

Regulamento “é o ato administrativo unilateral, veiculador de normas gerais e abstratas, destinado a complementar a disciplina contida em norma legislativa” <sup>132</sup>. Na classificação tradicionalmente adotada, reconhece-se a existência de regulamentos de execução e regulamentos autônomos. Quanto à diferenciação entre eles, explica Marçal Justen Filho:

Os regulamentos de execução pressupõem a existência de uma lei, cujas normas são objeto de sua explicitação e desenvolvimento. O regulamento de execução contempla regras mais explícitas destinadas a permitir e a facilitar a aplicação de normas contidas em uma lei. Então, o fundamento imediato de validade das normas dos regulamentos de execução encontra-se nas normas da lei.

Os regulamentos autônomos são aqueles desvinculados de uma lei. O regulamento autônomo encontra seu fundamento de validade diretamente na Constituição, de modo a dispensar a existência de uma lei. Por meio de um regulamento autônomo, são criados direitos e obrigações sem a prévia existência de lei. A adoção de um regulamento autônomo significa que o Poder Executivo inova a ordem jurídica <sup>133</sup>.

Não há, no direito brasileiro, espaço para o regulamento autônomo, não admitido pela ordem jurídica nacional. Ressalva deve ser feita quanto à previsão do inciso VI do artigo 84 da Constituição Federal de 1988, que, segundo Justen Filho, desde a Emenda Constitucional nº. 32/2001, autorizaria a expedição de “regulamentos autônomos em matéria específica e circunscrita” <sup>134</sup>. No mesmo

---

sentido de que a instauração desse controle somente tem pertinência, se a resolução estatal questionada assumir a qualificação de ato normativo (RTJ 138/436 – RTJ 176/655-656), cujas notas tipológicas derivam da conjugação de diversos elementos inerentes e essenciais a sua própria compreensão: (a) coeficiente de generalidade abstrata, (b) autonomia jurídica, (c) impessoalidade e (d) eficácia vinculante das prescrições dele constantes. Precedentes. Resolução do Tribunal Superior Eleitoral, que, impugnada na presente ação direta, encerra, em seu conteúdo material, clara ‘norma de decisão’, impregnada de autonomia jurídica e revestida de suficiente densidade normativa: fatores que bastam para o reconhecimento de que o ato estatal em questão possui o necessário coeficiente de normatividade qualificada, apto a torná-lo suscetível de impugnação em sede de fiscalização abstrata”. ADI 3345, Relator Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 25.08.2005, DJ 20.08.2010, p. 110. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613536> (Acesso em: 04.11.2012). Ainda, quanto ao tema, em abril passado Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados aprovou Proposta de Emenda à Constituição que autoriza o Congresso a sustar atos normativos do Poder Judiciário. O projeto altera o artigo 49, V, da Constituição Federal, substituindo a expressão “Poder Executivo” por “outros Poderes”, permitindo que parlamentares derrubem também atos do Poder Judiciário. Vide nota nº 29.

132 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 312.

133 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 134.

134 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 312.

sentido caminha Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>135</sup>. Justen Filho defende, ainda, apoiado em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a possibilidade de expedição de regulamentos autônomos a fim de garantir a concretização de direitos fundamentais<sup>136</sup>.

Encaixar a previsão do inciso VI do artigo 84 da Constituição Federal na categoria de regulamento autônomo não parece o melhor entendimento. Aponta Celso Antônio Bandeira de Mello como incorreta a ideia de que a comentada previsão introduziu no sistema nacional os chamados “regulamentos independentes” ou “regulamentos autônomos” existentes no direito europeu. Deve-se perceber que, ao contrário da amplitude típica atribuída a estes, a hipótese existente no sistema jurídico nacional (posta pelo inciso constitucional apontado) confere ao Chefe do Poder Executivo poderes restritíssimos.

Cabe menção, ainda, a fim de reforçar a inadequação da noção de regulamento autônomo ao direito brasileiro, à lição de Vanessa Vieira de Mello, que afirma que “o regulamento autônomo quebra o princípio democrático e gera instabilidade e insegurança jurídica, na medida em que aumenta a força do Poder Executivo, gerando desequilíbrio entre os demais órgãos estatais”<sup>137</sup>.

De qualquer forma, a competência para a expedição de regulamentos pressupõe previsão constitucional. A competência regulamentar (do Poder Executivo e do Conselho Nacional de Justiça<sup>138</sup>, únicas constitucionalmente admitidas), ainda, é dependente da competência legislativa, sendo, desta, acessória. Pacífico é que o regulamento não pode, em hipótese alguma, infringir a lei: “o regulamento tem

---

135 “No direito brasileiro, a Constituição de 1988 limitou consideravelmente o poder regulamentar, não deixando espaço para os regulamentos autônomos, a não ser a partir da Emenda Constitucional nº 32/01. (...) A atual Constituição, no artigo 84, VI, previa, na redação original, competência para ‘dispor sobre a organização e funcionamento da administração federal, *na forma da lei*’. Com a alteração do dispositivo constitucional, fica restabelecido, de forma muito limitada, o regulamento autônomo no direito brasileiro, para a hipótese específica inserida na alínea a”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 91/92.

136 “Fora desse campo, apenas se poderão admitir regulamentos autônomos orientados a assegurar a realização de direitos fundamentais, quando a ausência de lei puder acarretar o sacrifício de valores protegidos constitucionalmente”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 312.

137 MELLO, Vanessa Vieira de. *Regime Jurídico da Competência Regulamentar*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 343.

138 Após a Emenda Constitucional nº 45/2004, o artigo 103-B, §4º, inciso I conferiu ao CNJ “competência normativa”, “podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências”, a fim de “zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura”, nos termos do dispositivo.



hierarquia normativa inferior à da lei, de modo que a contradição com a norma legal acarreta a invalidade do dispositivo nele contido”<sup>139</sup>.

A Lei nº. 9.504/1997, Lei das Eleições, refere-se ao “poder regulamentar” do Tribunal Superior Eleitoral, em seu artigo 105, nos seguintes termos:

Art. 105. Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei, poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução, ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009).

A redação original do dispositivo dispunha: “Art. 105. Até o dia 5 de março do ano da eleição, **o Tribunal Superior Eleitoral expedirá todas as instruções necessárias à execução desta Lei**, ouvidos previamente, em audiência pública, os delegados dos partidos participantes do pleito”. A redação, alterada pela Lei nº. 12.034/2009, hoje é detalhada.

O dispositivo, como já aduzido, atribui, em âmbito infraconstitucional, competência de caráter “regulamentar” (normativo) não expressamente prevista na Constituição Federal. Ainda que inconstitucional, o artigo, em sua nova redação, ilustra clara intenção de limitar a amplitude do poder conferido ao Tribunal Superior Eleitoral, que deve limitar-se a “expedir todas as instruções necessárias para sua [da Lei das Eleições] fiel execução”, “sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei”, nos termos do artigo<sup>140</sup>.

A expedição de instruções visando a fiel execução das leis eleitorais não admite, portanto, a possibilidade de inovar a ordem jurídica, criando ou restringindo direitos de forma não já prevista em lei ou de forma diversa da nela estabelecida. Qualquer inovação levada a efeito através de resoluções dessa natureza extrapola os limites legalmente previstos para o “poder regulamentar” do Tribunal Superior Eleitoral. As resoluções, intrinsecamente inconstitucionais por não expressamente previstas na Carta Magna, devem apenas delinear o já previsto em lei, jamais inovar o ordenamento – não podem elas “alcançar a integridade de qualquer direito ou garantia fundamental do cidadão, nem diminuir ou aumentar os limites dos direitos

139 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 137.

140 Quanto à limitação da amplitude da competência conferida ao Tribunal, vide nota nº 128.

subjetivos constituídos pela lei eleitoral” <sup>141</sup>. O Tribunal Superior Eleitoral não pode, em hipótese alguma, legislar em matéria eleitoral - competência esta privativa do Poder Legislativo.

Onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos – há abuso do poder regulamentar, invasão de competência legislativa. O regulamento não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar que só pretender, não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se e lograr que o elevem à categoria de lei<sup>142</sup>.

O grande limite ao poder regulamentar está na própria lei. O regulamento, segundo Oswaldo Bandeira de Mello,

deve respeitar os textos constitucionais, a lei regulamentada, e a legislação em geral, e as fontes subsidiárias a que ela se reporta. (...) Assim, não cria, nem modifica e sequer extingue direitos e obrigações, senão nos termos da lei, isso porque o inovar originariamente na ordem jurídica consiste em matéria reservada à lei. Igualmente, não adia a execução da lei e, menos ainda, a suspende, salvo disposição expressa dela, ante o alcance irrecusável da lei para ele. Afinal, não pode ser emanado senão conforme a lei, em virtude da proeminência desta sobre ele<sup>143</sup>.

Quanto à competência regulamentar no âmbito do Poder Judiciário, novamente ressalte-se, deve decorrer de função administrativa atípica atribuída a ele pela Constituição Federal e deve ser exercida dentro dos limites por ela traçados. As espécies de atos normativos a serem expedidos pelo Poder Judiciário no exercício desta competência são de nível hierárquico inferior mesmo ao regulamento – ato conferido ao Chefe do Poder Executivo, nos três níveis da Federação<sup>144</sup>.

141 DELGADO, José Augusto. *A contribuição da Justiça Eleitoral para o aperfeiçoamento da democracia*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 127, jul/set 1995, p. 115/116.

142 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 314.

143 BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de Direito Administrativo*: Introdução. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, v.1, p. 360.

144 Assim, “toda a dependência e subordinação do regulamento à lei, bem como os limites em que se há de conter, manifestam-se revigoradamente no caso de instruções, portarias, resoluções, regimentos ou normas quejandas. (...) Se o regulamento não pode criar direitos ou restrições à liberdade, propriedade e atividades dos indivíduos que já não estejam estabelecidos e restringidos na lei, menos ainda poderão fazê-lo instruções, portarias ou resoluções. Se o regulamento não pode ser instrumento para regular matéria que, por ser legislativa, é insuscetível de delegação, menos ainda poderão fazê-lo atos de estirpe inferior, quais instruções, portarias ou resoluções. Se o Chefe do Poder Executivo não pode assenhorear-se de funções legislativas nem recebê-las para isso por complacência irregular do Poder Legislativo, menos ainda poderão outros órgãos ou entidades da

Aponte-se, ainda, que os casos em que se tencionou outorgar competência regulamentar ou normativa a órgãos do Poder Judiciário – atribuída ao Conselho Nacional de Justiça, após a Emenda Constitucional nº 45/2004<sup>145</sup>, à Justiça do Trabalho e aos Tribunais, para a elaboração de seus regimentos internos<sup>146</sup> – foram estritamente previstos, havendo previsão constitucional precisa. Daí percebe-se, com Eneida Desiree Salgado, que “sem previsão expressa na Constituição e em face de uma função atípica, não se pode considerar a possibilidade de elaboração de normas, ainda que secundárias, pelo Poder Judiciário”<sup>147</sup>.

Sobre a natureza da “competência regulamentar” do TSE, aduz o Ministro Sepúlveda Pertence, em voto proferido na Consulta nº 715, que deu origem à Resolução nº 21.002/2002:

(...) dispõe o artigo 23, IX, do Código Eleitoral, competir ao TSE expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código. Cuida-se de competência normativa, mas de hierarquia infralegal. O juízo de conveniência confiado ao TSE tem por objeto a *expedição ou não* da instrução, não o seu conteúdo. Este, destinado à execução do Código e, obviamente, a todo o bloco da ordem jurídica eleitoral, está subordinado à Constituição e à lei. É verdade, além de explicitar o que repete implícito na legislação eleitoral, viabilizando sua aplicação uniforme, pode o Tribunal colmatar-lhe lacunas técnicas, na medida das necessidades de operacionalização do sistema gizado pela Constituição e pela lei. Óbvio, entretanto, que não as pode corrigir, substituindo pela de seus juízes a opção do legislador: por isso, não cabe ao TSE suprir lacunas aparentes da Constituição ou da lei, vale dizer, o *silêncio eloquente* de uma ou de outra<sup>148</sup>.

---

Administração direta ou indireta”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 365/366.

145 Vide nota nº 138.

146 A Constituição prevê, em seu artigo 96, inciso I, alínea “a”, que compete privativamente aos tribunais “eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos”. Reconhece-se a natureza de atos normativos dos regimentos internos, que visam organizar administrativamente os Tribunais e possuem, também, a prerrogativa de complementar a legislação processual, em várias oportunidades, como aponta CLÉVE, Clémerson Merlin (*Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 85). Aponte-se que “é claro que o Supremo Tribunal Federal poderá sempre negar aplicação a disposições regimentais dos outros tribunais, que tenham procurado suprir lacunas ou fixar o significado da legislação federal, quando entender que tais disposições sejam contrárias à letra de tratado ou lei federal, desde que a questão esteja enquadrada no âmbito de um processo e haja provocação do interessado”. LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 182/184.

147 SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. Curitiba, 2010, 356 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná, p. 301.

148 Trecho de voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence na Consulta nº 715, que deu origem à Resolução nº 20.992, de 26/02/2002, Relator Min. JACY GARCIA VIEIRA. Diário de Justiça, 15/03/2002, p. 183.

Não cabe ao Tribunal Superior Eleitoral a restrição de direitos, quaisquer que sejam, a fim de garantir a subsistência da democracia nacional ou a moralidade política no país – é exercício irregular e exorbitante do já inconstitucional “poder normativo” conferido ao órgão. Qualquer inovação na ordem jurídica, como já consignado, deve ser levada a efeito em âmbito legislativo – em respeito ao princípio da estrita legalidade. Não é possível a uma resolução inovar a disciplina jurídica instituída pelo legislador – único competente para tal: a prerrogativa de criar ou restringir direitos em matéria eleitoral, como já ressaltado, circunscreve-se ao Congresso Nacional, com sanção presidencial, nos termos da legislação de base (artigo 22, inciso I<sup>149</sup>, da Constituição da República, e outros).

A prática, como bem se vê, é frequente, no entanto. Os Tribunais Superiores vêm assumindo nos últimos anos um papel significativo na defesa da democracia, da república e da moralidade nacional. Clara é a postura neste sentido do Tribunal Superior Eleitoral.

Ministros estabelecem “filtros” para excluir do processo eleitoral aqueles que consideram indignos para o exercício da função pública, buscando “moralizar”, com base nas próprias razões em detrimento das razões do legislador, a seara política nacional. A busca pela “democracia perfeita” leva a abusos no exercício do já inconstitucional “poder normativo” do Tribunal Superior Eleitoral, a restrições a direitos fundamentais e a ataques a princípios, como o princípio da legalidade, da segurança jurídica ou da presunção de inocência. Não cabe ao julgador estabelecer quem é o mais apto para governar – o controle deve ser feito através do voto, pelo povo. A Justiça Eleitoral reveste-se, cada vez mais, de um papel que não lhe pertence.

Em discurso quando de sua posse como Presidente do Tribunal Superior Eleitoral para o biênio 2010/2012, o Sr. Ministro Ricardo Lewandowski compara a Justiça Eleitoral à deusa Têmis, “sempre pronta a brandir a espada, para reequilibrar os pratos da balança que sustenta em suas mãos” <sup>150</sup>. Esse papel vem sendo exercido pela Corte, que, constantemente, se movimenta a fim de garantir que no

---

149 “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”.

150 Trecho do Discurso de Posse do Ministro Ricardo Lewandowski como Presidente do Tribunal Superior Eleitoral (exercício 2010/2012).

processo eleitoral prevaleçam os “ditames morais” que lhe seriam essenciais, sob o ponto de vista dos julgadores. Ainda, na referida oportunidade, manifesta-se o Ministro:

Isso porque não cabe a esta Justiça especializada protagonizar o processo eleitoral, cumprindo-lhe, ao revés, criar condições para que ele transcorra em um clima de festa cívica, de congraçamento popular, no qual prevaleça, antes de tudo, o debate em torno de ideias, programas e projetos, assim como velar para que se saiam vencedores no pleito vindouro – tal como preconizavam os antigos atenienses há cerca de dois mil e quinhentos anos atrás – os mais aptos a servir o Estado, ou seja, aqueles que se destaquem por sua reputação ilibada e pela capacidade de servir ao bem comum, independentemente da condição social que ostentem<sup>151</sup>.

O autoatribuído papel de “garantidor da democracia e arauto da moral e das instituições políticas no país” justifica uma série atos praticados em desvio de legalidade e em desrespeito às prerrogativas constitucionalmente atribuídas ao Tribunal Superior Eleitoral. Neste ponto esclarece Eneida Desiree Salgado: “Em matéria eleitoral a Constituição adota a estrita legalidade, afastando a criação de regras eleitorais fora do Parlamento. Não cabe, em caso algum, ao Poder Judiciário, seja pelo Supremo Tribunal Federal, seja pelo Tribunal Superior Eleitoral, ‘aprimorar’ a legislação eleitoral e as instituições políticas, nem sequer expedir resoluções”<sup>152</sup> – inconstitucionais, como já explicitado –, seja qual for o nobre fundamento de tal ato.

Entende o Tribunal que a competência a ele atribuída pelo artigo 23, inciso IX<sup>153</sup>, do Código Eleitoral, abrange a possibilidade de emprestar à lei eleitoral sentido que a compatibilize com o sistema na qual se insere<sup>154</sup>. O “processo de compatibilização” atravessa momentos em que claramente viola os limites aos quais deve se submeter a atividade da Corte no exercício de seu “poder normativo”.

(...) apenas ao Parlamento é dado inovar na ordem jurídica eleitoral. As resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, que regulamentam as regras impostas pelo legislador, são inconstitucionais. O que se tem visto, além disso, é uma extrapolação na atividade ‘interpretativa’, com a ‘revelação’ de

151 Trecho do Discurso de Posse do Ministro Ricardo Lewandowski como Presidente do Tribunal Superior Eleitoral (exercício 2010/2012).

152 SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. Curitiba, 2010, 356 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná, p. 288.

153 “Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior: (...) IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código”.

154 Conforme entendimento exposto pelo Ministro Oscar Corrêa, relator da Resolução n.º 12.867 do Tribunal Superior Eleitoral (DJU de 25.3.1987, p. 4.885).

novas normas jurídicas. Isso é ainda mais inconstitucional, se for possível uma graduação da inconstitucionalidade: é usurpação de competência<sup>155</sup>.

Como já sublinhado, o uso dos princípios tem sido consecutivamente ampliado no âmbito jurisprudencial, possibilitando a maleabilização da interpretação e da aplicação do ordenamento, como apontado Humberto Ávila. Os princípios são, segundo o autor, “instrumentos normativos de justiça individual, na medida em que visam a permitir ao aplicador a consideração dos aspectos individuais presentes no caso concreto sem as limitações institucionais existentes no caso das regras”<sup>156</sup>. Cabe ressaltar, no entanto, que, justamente por essa razão, a aplicação dos princípios “deve obedecer a critérios específicos que visam a diminuir a arbitrariedade mediante a introdução de estruturas argumentativas intersubjetivamente controláveis”<sup>157</sup>. O uso de expressões de sentido não definido ou de caráter subjetivo abre ao Poder Judiciário caminho para interpretações criativas. Não é possível, no entanto, que, sob o manto da extensão fluida e do conteúdo maleável dos princípios, criem-se novas normas, fundadas na competência regulamentar (inexistente, frise-se) do Tribunal Superior Eleitoral, ou que, a partir de uma interpretação unilateral do Poder Judiciário acerca da amplitude e do conteúdo de expressões como, por exemplo, “grave discriminação pessoal”, no caso das hipóteses de desfiliação partidária por justa causa, abra-se a possibilidade para arbitrariedades e para interpretações díspares e casuísticas sobre situações semelhantes.

A legitimidade da atuação do Poder Judiciário exige que o órgão julgador se baseie sempre em uma prévia deliberação majoritária, como pondera Luís Roberto Barroso<sup>158</sup>, seja ela constituinte ou legislativa. O Poder Judiciário não pode desempenhar a função do legislador, mesmo com o impulso da ideia de ativismo judicial e com a inoperância do legislativo atual.

---

155 SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. Curitiba, 2010, 356 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná, p. 290.

156 ÁVILA, Humberto. *Princípios e regras e a segurança jurídica*. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, v. 1, jan/mar 2006, p. 206.

157 ÁVILA, Humberto. *Princípios e regras e a segurança jurídica*. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, v. 1, jan/mar 2006, p. 197.

158 BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Interesse Público. Belo Horizonte, v. 9, n. 46, 2007, p. 11.

Extrapola o papel da jurisdição eleitoral criar normas de qualquer natureza, mesmo sob a justificativa de “aprimorar as instituições políticas” ou “melhor regular” o processo eleitoral. Não cabe ao Poder Judiciário inovar a ordem jurídica – qualquer inovação levada a efeito através de “resoluções” extrapola os limites legalmente previstos para o poder normativo do Tribunal Superior Eleitoral – não importa a justificativa dada ao ato. Inovações levadas a efeito a partir de “interpretações criativas” também se enquadram na categoria de atos inconstitucionais: a competência para legislar em matéria eleitoral é privativa do Poder Legislativo.

### 3.2 OS DESVIOS DE LEGALIDADE NA BUSCA POR MORALIZAÇÃO POLÍTICA

A pretensa defesa de uma série de valores morais consubstanciados socialmente e materializados no âmbito do princípio da moralidade é frequentemente utilizada como argumento legitimador de arbitrariedades e desvios de legalidade pelo Poder Judiciário brasileiro. Caso típico é o que ocorre no Tribunal Superior Eleitoral, que, inúmeras vezes, justifica, a partir de um auto atribuído papel de defensor da democracia, da república brasileira e da vontade do povo, um ativismo inconstitucional – marcado e legitimado pela busca incessante da defesa de valores morais unilateralmente elegidos como essenciais e basilares para a sociedade brasileira.

Exemplo recente pode ser colhido a partir da análise da discussão a respeito da constitucionalidade da “Lei da Ficha Limpa” (Lei Complementar nº 135/2010) no Supremo Tribunal Federal. Declarada constitucional, foi considerada possível, ainda, sua retroatividade, a fim de atingir fatos pretéritos a sua vigência, a despeito de princípios como o da segurança jurídica, da irretroatividade da lei, dentre outros, e considerada constitucional a hipótese de incidência de restrições à elegibilidade a partir de decisão colegiada não transitada em julgado, em oposição ao princípio da presunção de não culpabilidade<sup>159</sup>. A justificativa de tal entendimento baseia-se

---

159 Tribunais Regionais Eleitorais, como o TRE/MA, o TRE/RO e o TRE/PE suscitaram discussões a respeito do tema. Em 04.09.2012, o Ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal, concedeu liminar para suspender decisão do Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão que

complementarmente no argumento de que “o legislador complementar, ao aprovar a Lei Complementar nº 135/2010, (...) buscou proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, bem como a normalidade e legitimidade das eleições”<sup>160</sup>, nas palavras do Sr. ex-Presidente do Tribunal Superior Eleitoral e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski – em voto proferido já em 2010, no julgamento do ex-candidato ao governo do Distrito Federal, Joaquim Roriz (PSC), defendendo o entendimento de que a nova Lei deveria aplicar-se já àquelas eleições – valores estes que justificariam a restrição a direito fundamental de ser votado, e, na situação em apreço, seriam mais relevantes, no entendimento do douto magistrado, do que os princípios que seriam atingidos na efetivação desta ideia – mais relevantes do que, até mesmo, os basilares princípios da legalidade, da presunção de inocência, da segurança jurídica, assim em diante.

Nesta discussão em específico, cabe salientar, antes de tudo, o caráter de direito fundamental inerente aos direitos políticos. Direitos políticos são direitos fundamentais, previstos no rol dos artigos 5º e seguintes da Constituição Federal. São, portanto, de aplicabilidade imediata, intangíveis, inafastáveis, são indisponíveis para seu titular, não podem ser suprimidos. Constituem, na forma de direitos fundamentais, parte da essência constitucional, o núcleo mínimo dos dispositivos previstos na Carta Magna. Figuram, mais especificamente, no artigo 14. Os direitos políticos fariam parte da primeira dimensão de direitos fundamentais. São direitos de participação, que englobam os direitos políticos de exercício ativo (votar) ou passivo (ser votado).

A própria Constituição Federal delimita os direitos políticos, ao apresentar as condições de elegibilidade e apontar os inelegíveis, em uma lista de hipóteses de

---

desconsiderou a aplicação da Lei da Ficha Limpa e concedeu registro a um candidato condenado por compra de votos em 2008. O acórdão do TRE/MA reclamado na Medida Cautelar na Reclamação nº 14.451, do Maranhão, recebeu a seguinte ementa: “RECURSO ELEITORAL EM REGISTRO DE CANDIDATURA. CANDIDATO A PREFEITO. MUNICÍPIO DE BOM JARDIM. IMPUGNAÇÃO DO REGISTRO. INELEGIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. FATOS OCORRIDOS EM 2008. PRELIMINAR. IRRETROATIVIDADE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 135/2010 PARA O CASO ESPECÍFICO. INEXISTÊNCIA DA HIPÓTESE DE INELEGIBILIDADE INVOCADA AO TEMPO DOS FATOS. ACOLHIMENTO DA PRELIMINAR. REFORMA DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. DEFERIMENTO DO REGISTRO DO CANDIDATO E DA CHAPA MAJORITÁRIA CORRESPONDENTE. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DA PRETENSÃO RECURSAL”. O TRE/MA teria então assentado que a Lei Complementar nº 135/2010 não se aplicaria para fatos pretéritos. RCL MC 14.451/MA, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 04.09.2012. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/lewandowski-suspende-decisao-tre-ma.pdf>. Acessado em 23.11.2012.

160 RE 630.147/DF, Relator Min. AYRES BRITTO, julgado em: 27.09.2010.



inelegibilidade que não se coloca *numerus clausus*. A Carta Magna traz algumas hipóteses de inelegibilidade e, no parágrafo 9º do artigo 14<sup>161</sup>, prevê que Lei Complementar poderá prever outros casos. A inelegibilidade surge como sanção a partir de um determinado comportamento, impedindo a candidatura para cargos eletivos, restringindo direito fundamental político passivo. Hipóteses de perda e suspensão de direitos políticos são previstas no artigo 15 da Constituição Federal e na Lei Complementar nº 64/1990. Hoje, também a Lei Complementar nº 135/2010 prevê hipóteses de suspensão de direitos políticos passivos.

A “Lei da Ficha Limpa” vem restringir direito fundamental, impedindo a candidatura de sujeitos que tenham sido condenados por sentença proferida por órgão colegiado, mesmo que não transitada em julgado. São, nos termos da Lei, inelegíveis, ainda, aqueles que renunciaram ao mandato para evitar eventual condenação, por exemplo, dentre inúmeras outras hipóteses. Grandes discussões circunscreveram a aprovação da Lei, em 2010, e a declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, no início de 2012. Ao impedir a candidatura daqueles condenados por sentença colegiada mesmo que sem trânsito em julgado a lei ofenderia ao princípio da presunção da inocência. Não foi este o entendimento adotado pelo Tribunal, no entanto – a ofensa ao princípio da presunção da inocência só se configuraria se se tratasse de hipótese sancionatória, o que não seria o caso. A inelegibilidade não teria natureza de sanção e não haveria conflito entre as hipóteses previstas na Lei e o princípio da presunção da inocência. Discutiu-se ainda, a questão de a Lei incidir para impedir a candidatura daqueles condenados antes de sua promulgação. Em uma interpretação sistemática do ordenamento, a incidência da Lei só poderia ocorrer com relação a atos praticados após sua promulgação – tese também afastada em sede de controle de constitucionalidade. O Tribunal Superior Eleitoral decidiu, ainda, quando da aprovação da Lei, que ela poderia ser aplicada já ao pleito subsequente, de 2010, vez que matéria de inelegibilidade seria estranha ao processo eleitoral como um

---

161 “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: (...) §9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)”.

todo e não se submeteria, então, ao artigo 16<sup>162</sup> da Constituição Federal, que coloca que qualquer lei referente ao processo eleitoral somente pode passar a vigorar para as eleições realizadas pelo menos um ano após sua promulgação, de modo a afastar qualquer casuísmo eleitoral.

A aplicabilidade da “Lei da Ficha Limpa” ao pleito de 2010 foi discutida no Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 630.147, ajuizado por Joaquim Roriz diante do indeferimento do registro de sua candidatura ao cargo de governador do Distrito Federal. O feito acabou arquivado sem que fosse proferida decisão quanto ao tema, após empate<sup>163</sup> e diante da desistência de Roriz de sua candidatura, pelo que o recurso acabou perdendo o objeto. Manifestação a respeito sobreveio em março de 2011, quando do julgamento pelo STF do Recurso Extraordinário nº 633.703. Na oportunidade, ao discutir acerca da constitucionalidade do diploma normativo, decidiu o Tribunal, por maioria de votos, que a Lei nº 135/2010 não deveria ser aplicada às eleições realizadas em 2010, em atenção à previsão do artigo 16 da Constituição Federal (que positiva o princípio da anterioridade da lei eleitoral).

A extensão fluida e o conteúdo maleável dado à ideia trazida pelo princípio da moralidade dificultam a determinação concreta de seu alcance e aplicabilidade, como já apontado. Na defesa de uma moralização da política nacional, a aprovação da “Lei da Ficha Limpa”, um projeto de iniciativa legislativa popular, foi seguida da decisão por sua constitucionalidade, mesmo que em detrimento de outros princípios em todo relevantes – observa-se o uso da noção de moralidade e dos conceitos de improbidade e moralidade administrativas como argumento para restrição infundada de direitos fundamentais<sup>164</sup> em detrimento de princípios constitucionais.

Na defesa de sua constitucionalidade, soou a enfática observação de que se tratou de Lei proveniente de um projeto de iniciativa legislativa popular. Em manifestação na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578 (e nas Ações Diretas de Constitucionalidade nº 29 e nº 30), que versaram sobre a constitucionalidade da

---

162 “Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”.

163 A ausência de um membro em Plenário, decorrente da aposentadoria do Ministro Eros Grau, guiou ao histórico empate. Na oportunidade, o impasse levou à decisão pela suspensão do julgamento, em 23 de setembro de 2010 – às vésperas das eleições, que restaram maculadas, então, pela incerteza de quem poderia ou não disputá-las.

164 ADI 4.578/DF, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16.02.2012, DJe 29.06.2012.

Lei nº 135/2010, observou o Sr. Ministro Ayres Brito a existência de um “acréscimo de legitimidade” à lei de iniciativa popular:

Então, a iniciativa popular plenifica a democracia, a democracia procedimentalista ou representativa dá as mãos, dá os braços à democracia direta ou participativa. O que confere à lei, senão uma hierarquia jurídica maior – toda lei complementar tem a mesma hierarquia -, mas um tónus de legitimidade ainda maior, ainda mais denso. Então, essa lei complementar é fruto do cansaço, da saturação do povo com os maus-tratos infligidos à coisa pública, como se não vivêssemos numa *res publica*, numa República<sup>165</sup>.

Em voto proferido no Recurso Extraordinário nº 630.147, ajuizado por Joaquim Roriz diante do indeferimento do registro de sua candidatura ao cargo de governador do Distrito Federal, o Ministro Joaquim Barbosa, ao defender a constitucionalidade do diploma, afirmou que a lei em questão “tem objetivo moralizador, tem fundamento constitucional e, no que tange às causas de inelegibilidade, não desestabiliza o processo eleitoral em curso e não fere o princípio da isonomia e da segurança jurídica, tampouco tem conotação casuística, pois incidirá sobre todos os pleiteantes a cargo eleitoral de forma igual”. Entendimento que, como já se deduz, não é o ora adotado.

A possibilidade de aplicação retroativa do diploma normativo discutido, expandindo seus efeitos restritivos de direito a atos praticados no passado, marca sua inconstitucionalidade, fazendo com que a lei deixe de ser, sobretudo, geral e abstrata. A retroação legal suprime a possibilidade de escolha do cidadão com relação ao praticado no passado, deixando de considerar sua “vontade” de exercer ato que *sabe ilícito*. Como apontou o Ministro Cezar Peluso, em voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, a lei, ao ser aplicada retroativamente, atinge pessoas determinadas – aquelas que praticaram os atos típicos: “portanto, não é lei de caráter geral, dirigida a quem, no futuro, venha a praticar ato que seja subsumível na hipótese legal. Não. Ela vai apanhar atos anteriores de pessoas certas”<sup>166</sup>.

A restrição retroativa, por Lei Complementar, de direito fundamental e a afronta a uma série de princípios fundantes do ordenamento jurídico nacional em

---

165 ADI 4.578/DF, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16.02.2012, DJe 29.06.2012.

166 ADI 4.578/DF, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16.02.2012, DJe 29.06.2012, p. 364.

atenção ao clamor popular por “moralidade política”, vindo de uma maioria eventual, em prejuízo de uma série de garantias constitucionais, demonstra um desvio claro de prioridades nas cortes superiores. O papel contramajoritário na defesa da Carta Magna é inerente aos Tribunais Constitucionais. Determinadas garantias e direitos devem ser protegidos de maiorias eventuais, devendo ser mantidos fora do alcance de deliberações, ainda que democráticas. Nestes termos aponta Eneida Desiree Salgado, com arrimo nas ideias de Stephen Holmes, ao afirmar que “a democracia constitucional brasileira não se caracteriza simplesmente pela identificação com a vontade da maioria” <sup>167</sup>.

Uma sociedade escolhe certos valores abstratos para proteger de momentos de “irracionalidade” de uma maioria contingencial. A Constituição, como expressão de vontade soberana, estabelece uma restrição vinda da maioria estrutural contra desejos momentâneos de uma maioria eventual. Os direitos fundamentais e os princípios e garantias constitucionais constituem núcleo a ser defendido de eventuais “ataques democráticos”, como bem apontado em inúmeras manifestações da Suprema Corte.

Neste sentido, manifestou-se o Sr. Ministro Dias Toffoli, em voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578:

Algumas vezes, deve-se proteger as maiorias contra elas mesmas e, muitas vezes, compete ao Poder Judicial o desagradável papel de restringir a vontade popular em nome da proteção do equilíbrio de forças democráticas, contra o esmagamento de minorias ou de pautas axiológicas que transcendem o critério quantitativo do número de votos em uma eleição ou um plebiscito. (...) No Brasil, em relação a esses três tópicos, convém lembrar, o próprio constituinte originário privou o constituinte derivado de sobre eles deliberar quando redigiu o art. 60, §4º, CF/1988. Essa pré-exclusão da capacidade legiferante, chamada classicamente de ‘*técnica das cláusulas pétreas*’, é o melhor exemplo dessa postura defensiva contra as deliberações majoritárias <sup>168</sup>.

O Ministro Dias Toffoli afirma ainda: “O papel da corte, às vezes desgostoso, mas necessário, é de combater abusos perpetrados pelo Poder Público, ainda quando veiculados pelo poder legiferante” <sup>169</sup>.

---

167 SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. Curitiba, 2010, 356 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná, p. 24.

168 ADI 4.578/DF, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16.02.2012, DJe 29.06.2012.

169 ADI 4.578/DF, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16.02.2012, DJe 29.06.2012.

Na recente situação em que o Supremo Tribunal Federal apreciou de forma definitiva a constitucionalidade da Lei em comento (pelo julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4578 e das Ações Diretas de Constitucionalidade nº 29 e nº 30), comenta a respeito o Sr. Ministro Gilmar Mendes, *in verbis*:

Não cabe a esta Corte fazer ‘relativizações’ de princípios constitucionais visando atender ao anseio popular. É preciso garantir e efetivar tais princípios, fazendo valer sua força normativa vinculante, dando-lhes aplicação direta e imediata, ainda que isso seja contra a opinião momentânea de uma maioria popular. (...) <sup>170</sup>.

Neste sentido, comenta ainda o Ministro, ao defender a inconstitucionalidade da previsão de incidência de hipótese de inelegibilidade diante de decisão colegiada ainda não transitada em julgado:

É completamente equivocado, portanto, utilizar ‘a vontade do povo’ ou a ‘opinião pública’ para se ‘relativizar’ o princípio da presunção de inocência no âmbito do sistema de inelegibilidades do direito eleitoral. Não podemos proceder a uma tal ‘relativização’ levando em conta uma suposta maioria popular momentânea que prega a moralização da política a custa de um princípio tão caro à toda humanidade, que é o princípio da presunção de não culpabilidade. Não se deve esquecer, ademais, que essa tal ‘opinião pública’ ou essa imprecisa ‘vontade do povo’ é a mesma que elege os candidatos ficha-suja. (...) Certamente, a Jurisdição Constitucional não pode se basear em critério tão fluido e tão falacioso para tomar decisões a respeito de princípios enraizados em nosso constitucionalismo <sup>171</sup>.

Ainda assim, entendeu a Suprema Corte pela constitucionalidade da referida Lei, em todos os seus termos, atingindo o princípio da segurança jurídica, da presunção de inocência, dentre vários outros, a favor da “moralização política” tão buscada pela sociedade contemporânea. A despeito dos vícios de constitucionalidade nos dispositivos da lei, as hipóteses de inelegibilidades em comento têm origem legislativa, na forma de Lei Complementar, autorizada pelo artigo 14, parágrafo 9º da Constituição Federal – *in verbis*:

Art. 14, §9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

170 ADI 4.578/DF, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16.02.2012, DJe 29.06.2012.

171 ADI 4.578/DF, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16.02.2012, DJe 29.06.2012.

Apesar de amparada no referido dispositivo constitucional, a interpretação dada pelo Tribunal Superior Eleitoral à Lei Complementar (já inconstitucional por atingir princípios como o princípio da presunção da inocência) feriu o princípio da legalidade e da anterioridade da lei eleitoral, ao permitir sua aplicação às eleições de 2010 (entendimento não referendado pelo Supremo Tribunal Federal<sup>172</sup>), e princípios como o princípio da irretroatividade da lei e da segurança jurídica, ao considerar possível sua retroatividade, a fim de atingir fatos pretéritos a sua vigência, conferindo a eles efeitos não previstos no momento em que aconteceram.

Certamente, o ideal seria que tal lei não existisse, de tal sorte que coubesse aos eleitores decidir, com base no amplo debate político na esfera societária, de maneira autônoma e livre, através do voto, os candidatos merecedores de confiança política. Neste sentido, novamente com o Sr. Ministro Gilmar Mendes:

Ademais, é sempre importante lembrar que permanecem no sistema outros mecanismos, postos à disposição dos cidadãos e dos diversos grupos sociais, para impedir a candidatura e a consequente eleição de pessoas inaptas, do ponto de vista da probidade administrativa e da moralidade, para o exercício do mandato eletivo.

Uma das características fundamentais de um regime democrático é a existência de múltiplos meios de impedir a chegada ou a permanência do mau governante no poder. Lembro, aqui, as palavras de Karl Popper, em sua monumental obra *'A sociedade aberta e seus inimigos'*, segundo as quais *'a democracia é o regime de governo que prevê mecanismos de destituição do mau governante do poder'*.

O primeiro e mais elementar mecanismo de controle é o voto<sup>173</sup>.

No mesmo sentido, o Sr. Ministro Dias Toffoli, que, em voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, com propriedade, aduz que “as mazelas existentes no sistema político representativo, de domínio coletivo, não são

---

172 A aplicabilidade da “Lei da Ficha Limpa” ao pleito de 2010 foi discutida no Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 630.147, ajuizado por Joaquim Roriz diante do indeferimento do registro de sua candidatura ao cargo de governador do Distrito Federal. O feito acabou arquivado sem que fosse proferida decisão quanto ao tema, após empate e diante da desistência de Roriz de sua candidatura, pelo que o recurso acabou perdendo o objeto. Manifestação a respeito sobreveio em março de 2011, quando do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário nº 633.703. Na oportunidade, ao discutir acerca da constitucionalidade do diploma normativo, decidiu o tribunal, por maioria de votos, que a Lei nº 135/2010 não deveria ser aplicada às eleições realizadas em 2010, em atenção à previsão do artigo 16 da Constituição Federal (que positiva o princípio da anterioridade da lei eleitoral).

173 ADI 4.578/DF, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16.02.2012, DJe 29.06.2012.

reparáveis por meios que levam ao amesquinamento de garantias constitucionais a muito conquistadas”<sup>174</sup>.

Problema maior do que os limites explícitos aos direitos fundamentais políticos, consubstanciados na Constituição Federal e nas Leis Complementares nº 64/1990 e nº 135/2010, são os limites implícitos colocados, que surgem na colisão dos direitos políticos com outros direitos fundamentais e/ou princípios. O Tribunal Superior Eleitoral vem constantemente regulamentando judicialmente os direitos políticos através de limites implícitos. O resultado da colisão de princípios não pode implicar que, em detrimento do princípio da legalidade, sejam levadas a efeito limitações a direitos fundamentais no âmbito do Poder Judiciário.

São inúmeras as situações em que, “em defesa da moralidade da sociedade brasileira”, o Tribunal Superior Eleitoral se afasta do princípio da legalidade de forma ainda mais contundente, para expedir, a partir de seu “poder normativo”, “instruções”, a fim de garantir a “fiel execução das leis eleitorais” e a “normalidade das eleições”, que inovam a ordem jurídica, restringindo direitos de forma não admitida em lei a fim de garantir a “moralização política” e excluir do processo eleitoral candidatos considerados inaptos para concorrer.

É imprescindível perceber, no entanto os “riscos do discurso moralizante”<sup>175</sup> - “leis restritivas (...) ao direito de ser votado são também cerceadoras da ampla participação democrática no processo eleitoral”<sup>176</sup>, excluindo do rol de possibilidades do eleitor candidatos pré-designados como “indignos” e abrindo precedentes para o cerceamento de direitos políticos ativos sob fundamento semelhante.

A restrição de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário e a afronta a princípios basilares do ordenamento jurídico nacional, como o princípio da legalidade, com fundamento na busca e na defesa da moralidade no exercício do mandato, conceito de caráter fluido e inconstante, é inconstitucional. O Tribunal Superior Eleitoral não pode, em hipótese alguma, legislar em matéria eleitoral - competência esta privativa do Poder Legislativo.

O Sr. Ministro Dias Toffoli, em voto já citado, ressalta, ainda, a essencialidade de uma compreensão histórica de restrições do gênero,

---

174 ADI 4.578/DF, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16.02.2012, DJe 29.06.2012.

175 A expressão foi empregada pelo Ministro Dias Toffoli (ADI 4.578/DF, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16.02.2012, DJe 29.06.2012).

176 ADI 4.578/DF, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16.02.2012, DJe 29.06.2012.

“especialmente quando razões de natureza moral podem ser invocadas, no futuro, como no passado para fins de exclusão política de segmentos incômodos ao regime”<sup>177</sup>.

Exemplo de situação neste sentido envolve a possibilidade de perda de mandato eletivo por desfiliação partidária sem justa causa. O Tribunal Superior Eleitoral, em um momento específico, passa a sustentar a interpretação de que o mandato é do partido político, e não do candidato e, portanto, torna legítima a noção de que aquele que se desfilia do partido, sendo representante, perde o direito de exercer o mandato.

A ideia passa a efetivamente existir e ser aplicada a partir de uma série de decisões do Supremo Tribunal Federal (nos Mandados de Segurança nº 26.602, nº 26.603 e nº 26.604), que referendaram a consulta nº 1.398 feita ao Tribunal Superior Eleitoral, à época, pelo Partido da Frente Liberal (PFL), e deram origem à Resolução nº 22.610/2007. A perda do mandato na hipótese em comento, segundo o Tribunal, decorreria implicitamente do sistema constitucional. O processo constituinte em si desmentiria essa tese – foi uma decisão constituinte consciente não incluir no artigo 55 da Constituição Federal<sup>178</sup>, nas hipóteses de perda de mandato, a situação da desfiliação partidária<sup>179</sup>. O Tribunal Superior Eleitoral criou uma hipótese de perda de

177 ADI 4.578/DF, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16.02.2012, DJe 29.06.2012.

178 “Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;  
 II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;  
 III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;  
 IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;  
 V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;  
 VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

§ 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.

§ 2º - Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 3º - Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 4º A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 6, de 1994)”.

179 Conforme expõe Eneida Desiree Salgado: “O texto final da Constituição de 1988 não incorpora a hipótese de perda de mandato por desfiliação do partido pelo qual o representante se elegeu. E não porque tenha deixado isso implícito. Não. O texto anterior fazia referência a essa possibilidade. Propostas para a inclusão da hipótese em sede constitucional foram debatidas – e expressamente afastadas. O texto constitucional, portanto, traz uma escolha consciente pela exclusão da perda de



mandado eletivo não prevista a partir de uma construção interpretativa de seus Ministros e com base em uma competência sem respaldo constitucional.

Uma série de questões surgiu dessa noção. Não só se aprovou a hipótese de perda de mandado eletivo por desfiliação partidária sem justa causa, como se estabeleceu que o termo inicial de validade dessa nova interpretação do Tribunal Superior Eleitoral seria a consulta ao próprio Tribunal. O TSE cria, então, uma Resolução – nº 22.610/2007 -, que estabelece casos de incidência, justa causa, prazo, rito, competência, recurso, inversão de ônus da prova e todas as demais necessidades procedimentais acerca da hipótese.

O que existe é uma previsão em Resolução do Tribunal Superior Eleitoral (inconstitucional, apesar de referendada pelo Supremo Tribunal Federal) de uma possibilidade de restrição de direito fundamental – o exercício de mandato político é direito fundamental. A restrição é criada, regulamentada e aplicada pelo Poder Judiciário.

A dicção da Resolução, considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, é repleta de expressões que possibilitam interpretações casuísticas a respeito da existência ou não da “justa causa” na desfiliação sob análise – justa causa esta que impossibilitaria a perda do mandato eletivo pelo mandatário que se desfilou do partido político pelo qual foi eleito. São inúmeros os exemplos.

No mesmo caminho, pode-se exibir exemplo ainda mais recente de situação em que o Tribunal, em um ato de interpretação consolidado em uma Resolução, emite “regra” que restringe direito fundamental, em total desrespeito ao princípio da legalidade – sob o mesmo, já outras vezes utilizado, argumento: a defesa da moralidade das eleições –, excluindo do pleito candidatos que considera “maculados” para o exercício do mandato político – candidatos “maculados”, até mesmo, para exercerem seu direito político fundamental de serem votados<sup>180</sup>. Em 1º de março do corrente ano de 2012, o Tribunal Superior Eleitoral, quando da

---

mandato por infidelidade. E aponta no artigo 55 os motivos que levam à perda de mandato, estabelecendo que a decretação pela Justiça Eleitoral se dá nos casos previstos na Constituição. Ao silenciar sobre a fidelidade partidária, enviando sua normatização para os limites dos estatutos partidários – que, por certo, não podem prever a perda de mandato – a Constituição também estabelece uma norma. O silêncio da Constituição também é Constituição”. SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. Curitiba, 2010, 356 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná, p. 185.

180 Disponível em: <http://www.tse.jus.br/tre-rn/noticias-tre-rn/2012/Marco/candidatos-nas-eleicoes-2012-devem-estar-com-contas-de-campanha-aprovadas-1>. Acesso em 27.08.2012.

aprovação da Resolução nº 23.376, que, nos termos de sua ementa, “dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos, candidatos e comitês financeiros, e, ainda, sobre a prestação de contas nas eleições de 2012”, aprovou, por quatro votos a três, a exigência de *aprovação* das contas eleitorais anteriores para a emissão da certidão de quitação eleitoral - imprescindível no ato de registro de candidatura –, e não mais apenas *apresentação* das referidas contas, nos termos da legislação de base a respeito da emissão da certidão.

A certidão de quitação eleitoral é, nos termos do artigo 11, parágrafo primeiro, inciso VI, da Lei nº 9.504/1997 (a Lei das Eleições), documento necessário à devida instrução de pedido de candidatura. O documento adquire natureza essencial, tornando-se condição de elegibilidade em procedimentos de registro de candidatura. A não obtenção da referida certidão tem o condão de excluir o candidato do pleito eleitoral, impossibilitando-o de exercer seu direito fundamental político passivo.

Dispõe o parágrafo 7º do referido artigo:

Art. 11. Os partidos e coligações solicitarão à Justiça Eleitoral o registro de seus candidatos até às dezenove horas do dia 5 de julho do ano em que se realizarem as eleições.

§1º O **pedido de registro** deve ser instruído com os seguintes documentos:  
(...)

VI - certidão de quitação eleitoral;

(...)

§7º A certidão de quitação eleitoral abrangerá exclusivamente a plenitude do gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto, o atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito, a inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça Eleitoral e não remetidas, e a *apresentação* de contas de campanha eleitoral. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009).

A certidão de quitação eleitoral, nos termos propostos pelo §7º do artigo 11 da Lei nº 9.504/1997, visa atestar a “existência/inexistência de registro no histórico da inscrição (título) do interessado no cadastro eleitoral de restrição no que se refere ‘à plenitude do gozo dos direitos políticos, ao regular exercício do voto, ao atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito, à inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça

Eleitoral e não remitidas, e à apresentação de contas de campanha eleitoral”, conforme informado em sítio eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral<sup>181</sup>.

A interpretação consolidada no Tribunal acerca do dispositivo em tela era clara, caminhando no sentido de considerar que a *apresentação* das contas de campanha já preenchia satisfatoriamente o requisito exigido, permitindo a emissão da certidão de quitação eleitoral exigida para o registro do candidato. Vê-se:

(...) RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. QUITAÇÃO ELEITORAL. EXISTÊNCIA. CONTAS DE CAMPANHA APRESENTADAS E DESAPROVADAS (ARTIGO 11, § 7º, DA LEI Nº 9.504/97). DESPROVIMENTO. 1. A desaprovação das contas de campanha eleitoral *não* conduz à negativa de obtenção de certidão de quitação eleitoral e à consequente falta de preenchimento de uma condição de elegibilidade, consoante a letra do artigo 11, § 7º, da Lei nº 9.504/97. (Ac. de 30.9.2010 no REsp nº 158.184, rel. Min. Hamilton Carvalhido)<sup>182</sup>.

Em 1º de março do corrente ano, em sessão administrativa do Tribunal Superior Eleitoral, a Ministra Nancy Andrighi, em voto-vista, manifestou-se em sentido diverso, entendendo que não bastaria a apresentação das contas de campanha, nos termos do contido no dispositivo legal de referência e conforme a interpretação aplicada nas eleições de 2010 e consolidada no Tribunal. Seria necessária, também, para que fosse possível a obtenção da certidão de quitação eleitoral, a aprovação das referidas contas pela Justiça Eleitoral. Na notícia que veiculou o fato no sítio eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral<sup>183</sup>, lê-se que “de acordo com a Ministra, não se pode considerar quite com a Justiça Eleitoral o candidato que tiver suas contas reprovadas”. Afirmou a Ministra que “o candidato que foi negligente e não observou os ditames legais não pode ter o mesmo tratamento daquele zeloso que cumpriu com seus deveres. Assim, a aprovação das contas não pode ter a mesma consequência da desaprovação”. Seguiram seu entendimento a Ministra Carmen Lúcia, o Ministro Marco Aurélio e o então Presidente do Tribunal, Ministro Ricardo Lewandowski.

---

181 Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor/certidoes/certidao-de-quitacao-eleitoral>. Acesso em 27.08.2012.

182 RE 158.184, Superior Tribunal de Justiça, Relator Min. HAMILTON CARVALHIDO, Tribunal Pleno, julgado em 30.09.2010.

183 Disponível em: <http://www.tse.jus.br/noticias-tse/2012/Marco/candidatos-nas-eleicoes-2012-devem-estar-com-contas-de-campanha-aprovadas>. Acesso em: 27.08.2012.

A fim de concretizar a nova interpretação criada, incluiu-se na Resolução nº 23.376 o disposto no §2º do artigo 52, *in verbis*:

Art. 52. A decisão que julgar as contas dos candidatos eleitos será publicada até 8 dias antes da diplomação (Lei nº 9.504/1997, art. 30, § 10).

§1º Na hipótese de gastos irregulares de recursos do Fundo Partidário ou da ausência de sua comprovação, a decisão que julgar as contas determinará a devolução do valor correspondente ao Tesouro Nacional no prazo de 5 dias após o seu trânsito em julgado.

§2º Sem prejuízo do disposto no §1º, a decisão que desaprove as contas de candidato implicará o impedimento de obter a certidão de quitação eleitoral.

É clara, mais uma vez, situação em que o Tribunal Superior Eleitoral – órgão do Poder Judiciário, frise-se – extrapolando em todo quaisquer competências que possa deter, cria, em ato interpretativo, regra que, sem qualquer amparo legal, restringe direito fundamental político, negando certidão de quitação eleitoral a candidato e, conseqüentemente, impedindo-o de participar do pleito, a partir de exigência não prevista em lei. Assiste-se o surgimento, a partir da interpretação dada a dispositivo legal pelo Tribunal, de mais uma hipótese indireta de inelegibilidade, criada fora do local constitucionalmente competente para instituí-la – o Poder Legislativo. O novo entendimento extrapola todo e qualquer limite interpretativo contido no dispositivo legal – artigo 11, parágrafo 7º, da Lei das Eleições, Lei nº 9.504/1997 – que trata sobre o assunto, inovando a ordem jurídica, restringindo direitos de forma não já prevista em lei ou de forma diversa da nela estabelecida.

Eventuais irregularidades constatadas na prestação de contas apresentada pelos candidatos ensejariam as sanções já previstas em lei para a situação, após a ação pertinente. O artigo 30-A<sup>184</sup> da Lei nº 9.504/1997, a Lei das Eleições, trata sobre a possibilidade de apresentação de representação à Justiça Eleitoral para a apuração de “condutas em desacordo com as normas desta Lei [Lei das Eleições],

---

184 “Art. 30-A. Qualquer partido político ou coligação poderá representar à Justiça Eleitoral, no prazo de 15 (quinze) dias da diplomação, relatando fatos e indicando provas, e pedir a abertura de investigação judicial para apurar condutas em desacordo com as normas desta Lei, relativas à arrecadação e gastos de recursos. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 1º Na apuração de que trata este artigo, aplicar-se-á o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, no que couber. (Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006)

§ 2º Comprovados captação ou gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais, será negado diploma ao candidato, ou cassado, se já houver sido outorgado. (Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006)

§ 3º O prazo de recurso contra decisões proferidas em representações propostas com base neste artigo será de 3 (três) dias, a contar da data da publicação do julgamento no Diário Oficial. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)”.

relativas à arrecadação e gastos de recursos”, cominando à reprovação da contabilidade eleitoral as penalidades previstas – incidentes, no entanto, apenas após a instauração do devido processo judicial.

Ao instituir a necessidade de *aprovação* das contas de campanha, para além de sua mera *apresentação*, negando a quitação eleitoral àqueles que têm suas contas desaprovadas, o Tribunal claramente age de forma inconstitucional, reedita o dispositivo legal, criando nova hipótese de inelegibilidade, extrapolando competências, atingindo direitos políticos fundamentais dos sujeitos, desrespeitando o princípio da legalidade (em matéria que reclama tratamento em lei complementar) e, em amplo âmbito, agindo em afronta à separação dos poderes. A justificativa consignada para tal ato resta clara nas palavras da Ministra e, mais uma vez, esbarra em tentativas de “moralização” do processo eleitoral como um todo, excluindo dele aqueles considerados “inaptos para a função pública” – vez que não dignos o suficiente para exercê-la.

O embate entre o princípio da legalidade, a competência normativa do Tribunal Superior Eleitoral e a busca pela “moralização política”, restringindo, muitas vezes, a fim de finalmente alcançá-la, direitos fundamentais, envolve grande clamor popular. Não cabe às Cortes Superiores, no entanto, como já consignado, relativizar quaisquer princípios constitucionais ou direitos fundamentais a fim de atender ao anseio popular<sup>185</sup>.

A medida em comento exclui do pleito candidatos que a Corte considera inaptos para governar, em um ataque claro ao direito político fundamental passivo de candidatura. Atinge, também, no entanto, ainda que de maneira não tão perceptível, a possibilidade de escolha livre e autônoma de seus representantes pelo cidadão eleitor. Com Gilmar Mendes, “o primeiro e mais elementar mecanismo de controle é o voto”<sup>186</sup>. Não cabe ao Poder Judiciário consignar quem governar ou como fazê-lo. Mais uma vez, cabe aos eleitores decidir, com base no amplo debate político na esfera societária, de maneira autônoma e livre, através do voto, os candidatos merecedores de confiança política.

---

185 ADI 4.578/DF, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16.02.2012, DJe 29.06.2012, p. 281.

186 ADI 4.578/DF, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16.02.2012, DJe 29.06.2012, p. 281.

O caráter fundamental dos direitos políticos é pacífico. Sua restrição através de resolução emitida pelo Tribunal Superior Eleitoral é inconstitucional e o pretexto de “moralização política” não encontra força suficiente para permitir o ataque. Apesar da motivação da restrição levada a efeito e do interesse coletivo que envolve o exercício dos direitos políticos, não se pode ignorar a “faceta subjetiva”<sup>187</sup> do direito à elegibilidade – a medida é um ataque a direito fundamental. Sobre o caráter essencial dos direitos políticos, Sr. Ministro Dias Toffoli, em voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, já citada:

O exercício e o gozo dos direitos políticos perfazem uma das facetas mais importantes dos direitos fundamentais do cidadão. Remontam a uma conquista histórica, resultante de séculos de batalha, e que se traduz, em suma, na possibilidade de o indivíduo influir no destino do Estado e opinar, em uma conjuntura coletiva, na fixação dos fins e das regras aplicáveis a sua comunidade, histórica e espacialmente contextualizada. Nos debates que antecederam o presente julgamento, muito se afirmou, e com razão, sobre o viés transindividual da elegibilidade (inelegibilidade), matiz da capacidade eleitoral passiva, que redundava na postulação de acesso aos cargos de representação política e de gestão governamental. A preponderância desse argumento não é de se estranhar, já que velou a Constituição Federal, embora por intermédio do legislador complementar, pela proteção dos valores da moralidade, da probidade administrativa e do livre exercício do processo eleitoral de investidas perniciosas do poder econômico e do abusivo exercício de função pública. Entretanto, a prevalência usual e saudável do interesse coletivo sobre o individual não pode resultar na nulificação do segundo. Tampouco pode configurar limitação desmedida, quando o direito individual também for revestido de fundamentalidade constitucional<sup>188</sup>.

Em 28 de junho de 2012, ao analisar pedido de reconsideração apresentado pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e endossado por outros 13 partidos, o Plenário do Tribunal Superior Eleitoral, por quatro votos a três, reviu o posicionamento adotado na Resolução em questão, decidindo que a não aprovação das contas de campanha não impediria a obtenção da certidão de quitação eleitoral (e, consequentemente, o registro de candidatura) para as eleições municipais de 2012<sup>189</sup>. Ao apresentar o voto-vista que desempatou o julgamento, ressalta o Ministro Dias Toffoli que a legislação eleitoral vigente não faz qualquer exigência de

187 ADI 4.578/DF, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16.02.2012, DJe 29.06.2012, p. 82.

188 ADI 4.578/DF, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16.02.2012, DJe 29.06.2012, p. 81/82.

189 Disponível em: <http://www.tse.jus.br/noticias-tse/2012/Junho/reprovacao-de-contas-de-campanha-nao-impede-candidaturas>. Acesso em 27.08.2012.

aprovação das contas para a obtenção da certidão de quitação eleitoral. Tampouco o faz a jurisprudência do Tribunal: “A jurisprudência é no sentido de que a apresentação das contas de forma regular não constitui óbice à obtenção da certidão de quitação eleitoral, conforme o disposto no parágrafo 7º do artigo 11 da Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997), inserido pela Lei nº 12.034 [de 2009]” <sup>190</sup>. Coloca que não haveria, portanto, “como suplantando o texto da lei, para estabelecer requisito não inserido no dispositivo legal” <sup>191</sup>.

Na oportunidade, observou o ministro, no entanto, que contas apresentadas de forma insuficiente, impossibilitando a devida análise daquilo nelas contido, devem ser tidas como não apresentadas, gerando hipótese de impedimento de obtenção de certidão de quitação eleitoral<sup>192</sup>.

As múltiplas mudanças de entendimento causam intenso ataque à segurança jurídica do cidadão<sup>193</sup>.

A falta de previsibilidade sobre as regras que irão reger as disputas eleitorais, que desestabiliza o processo democrático, é consequência direta da atuação do Tribunal, ao levar a efeito uma “interpretação construtiva” que constantemente cria e modifica, no âmbito do Poder Judiciário, parâmetros que regulam os pleitos. Tal comportamento é visível nas situações já aventadas, em total

---

190 Disponível em: <http://www.tse.jus.br/noticias-tse/2012/Junho/reprovacao-de-contas-de-campanha-nao-impede-candidaturas>. Acesso em 27.08.2012.

191 Disponível em: <http://www.tse.jus.br/noticias-tse/2012/Junho/reprovacao-de-contas-de-campanha-nao-impede-candidaturas>. Acesso em 27.08.2012.

192 Disponível em: <http://www.tse.jus.br/noticias-tse/2012/Junho/reprovacao-de-contas-de-campanha-nao-impede-candidaturas>. Acesso em 27.08.2012.

193 Anota Canotilho que “a segurança e a proteção da confiança exigem: no fundo, (1) confiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial. O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de proteção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem o direito de poder confiar que aos seus actos ou às suas decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixados pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico. As refrações mais importantes do princípio da segurança jurídica são as seguintes: (1) relativamente a actos normativos – proibição de normas retroativas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a actos jurisdicionais – inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação a actos da administração – tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 256.

desrespeito a princípios constitucionalmente garantidos e a regras jurídicas resultantes de atividade legislativa regular.

Aduz Celso Antônio Bandeira de Mello:

É sabido e ressabido que a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores consequências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensinar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da 'segurança jurídica', o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentre todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles <sup>194</sup>.

A volatilidade dos entendimentos expressados pelo Tribunal ao expedir instruções para a fiel execução da legislação eleitoral, em exercício da competência a ele infraconstitucionalmente (e, conseqüentemente, inconstitucionalmente) atribuída, fere diretamente tal princípio, causando uma instabilidade insanável. É letal para a normalidade do processo eleitoral, enquanto instrumento de construção do regime político e de efetivação democrática. A certeza acerca de certo comportamento, a expectativa e a confiança geradas nos cidadãos a respeito de determinada concepção estatal veem-se ameaçadas pela inconstância assistida.

Em homenagem à segurança jurídica, a Constituição Federal institui, em seu artigo 16<sup>195</sup> (com redação atribuída pela Emenda Constitucional nº 4/1993<sup>196</sup>), o princípio da anterioridade da lei eleitoral. Apesar da divergência doutrinária e jurisprudencial que ronda a expressão "processo eleitoral" <sup>197</sup>, pacífico é que o

194 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 123/124.

195 "Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 4, de 1993)".

196 O dispositivo era redigido, originalmente: "Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral só entrará em vigor um ano após sua promulgação".

197 A extensão do conceito de "processo eleitoral" suscita acaloradas discussões. Quando da discussão a respeito da Lei Complementar nº 135/2010, o Tribunal Superior Eleitoral declarou que ela poderia ser aplicada já ao pleito subsequente, de 2010, vez que matéria de inelegibilidade seria estranha ao processo eleitoral como um todo e não se submeteria à previsão do artigo 16 da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal manifestou-se a respeito da divergência ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 354, atribuindo à expressão alcance restrito. Adota-se aqui posicionamento que defende uma concepção ampla da expressão. Na mesma ADIn nº 354, caminha o Ministro Sepúlveda Pertence neste sentido: "O processo eleitoral é um sistema: a influência recíproca de seus vários momentos é um dado essencial da caracterização do todo. (...) Minha tendência, assim, é de emprestar ao conceito de processo eleitoral, para os fins do artigo 16, extensão tão ampla quanto seus termos comportam, de modo a abranger, radicalmente, desde o alistamento dos eleitores e a habilitação dos partidos à escolha dos candidatos (...)". Entende-se aqui,



dispositivo visa afastar a legislação eleitoral de eventual casuísmo que possa desequilibrar a igualdade entre os concorrentes, interferindo no resultado do pleito<sup>198</sup>.

Observe-se “que essa regra dirige-se ao Poder Legislativo porque apenas ao Parlamento é dado inovar na ordem jurídica eleitoral. As resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, que regulamentam as regras impostas pelo legislador, são inconstitucionais. (...) Não se pode sequer cogitar de estender a aplicação do artigo 16 às resoluções, para ‘constitucionalizá-las parcialmente’”<sup>199</sup>.

Claro é que, na busca incessante por instituir na seara política uma ideia construída de “moralidade”, “ética” e “correição”, o Tribunal Superior Eleitoral inova em matéria eleitoral, atingindo frontalmente previsões constitucionais expressas, podando direitos fundamentais e instituindo deveres, desrespeitando diretamente o princípio da legalidade específica em matéria eleitoral<sup>200</sup> e, altamente inconstante, retirando a segurança necessária a um regime que se pretende democrático.

---

assim, que a expressão “processo eleitoral” deve ser entendida amplamente, a fim de albergar tudo que se relacione à matéria eleitoral.

198 “Esse artigo configura uma ‘muralha da democracia’, uma exigência da pré-determinação das regras do jogo da disputa eleitoral com um ano de antecedência para evitar casuísmos e surpresas, em nome da estabilidade. Trata-se de uma medida saneadora que aperfeiçoa o processo eleitoral, de uma garantia contra intervenções casuisticamente dirigidas, assegurando a inquebrantabilidade da isonomia nas regras do pleito”. SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. Curitiba, 2010, 356 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná, pg. 290.

199 SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. Curitiba, 2010, 356 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná, pg. 290.

200 Princípio aprofundado por Eneida Desiree Salgado em *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*.

## CONCLUSÃO

Cabe, após o exposto, algumas considerações finais acerca do tema, a partir de uma rápida sistematização do estudo realizado.

Já não é satisfatória a divisão rígida e estanque de funções entre os poderes de Estado. Hoje, o estabelecimento de funções atípicas, ao lado das funções típicas, é ato necessário para sustentar a própria tripartição e não constitui ofensa à separação de poderes. O Poder Judiciário vem tomando um papel de relevo na decisão de questões de grande importância social e política no país, em substituição às instâncias políticas tradicionais, às quais cabia a deliberação sobre tais temas. Na seara eleitoral, é visível o fenômeno. Tentando ser protagonista de um processo de transformação política que julga necessário, o Poder judiciário eleitoral assume, no entanto, um papel que não lhe pertence, tomando o lugar que cabe ao legislador e levando a efeito uma série de mudanças, sem as submeter ao processo devido e sem respeitar princípios constitucionais – o que faz, como demonstrado no curso deste trabalho, a partir, principalmente de limites implicitamente forjados: limites que surgem a partir de embates entre princípios no âmbito jurisdicional.

No presente trabalho, adota-se a postura segundo a qual os princípios figuram como as normas base do sistema, estruturando-o como um todo, sendo normas de elevado grau de fundamentalidade e importância. De caráter claramente fundamental e estrutural, os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da anterioridade da lei e todos os demais devem ser observados e aplicados pelo Poder Judiciário como se regras fossem – na concepção de Alexy e Dworkin, regras são -, não passíveis de relativização.

O uso dos princípios tem sido consecutivamente ampliado no âmbito jurisprudencial, possibilitando a maleabilização da interpretação e da aplicação do ordenamento. Cabe ressaltar, no entanto, que, justamente por essa razão, sua aplicação exige controle: o uso de expressões de sentido não definido ou de caráter subjetivo não abre ao Poder Judiciário caminho para interpretações criativas. Não é possível, que, sob o manto da extensão fluida e do conteúdo maleável dos princípios, criem-se novas normas.

A indeterminação latente ao princípio da moralidade é frequentemente utilizada pelo Tribunal Superior Eleitoral como um *trunfo*. Preenchendo o conteúdo do princípio com significações das mais diversas, acaba por incluir no seu núcleo noções que a ele não pertencem, a fim de, a partir do forjado, levar a efeito restrições das mais diversas – em detrimento do princípio da estrita legalidade, reinante na seara eleitoral.

Afirmar que princípios como o princípio da moralidade são dotados, como obviamente se deduz, de conteúdo, não permite usá-los diretamente para restringir direitos fundamentais em ausência de lei. A tarefa conferida ao aplicador de determinar o conteúdo indeterminado do princípio, conferindo-lhe concretude, não é livre de qualquer controle, não permite que se insira em seu núcleo conteúdo com ele não compatível e não permite sua aplicação a situações por ele não albergadas – não permite, frise-se, usar o princípio diretamente para restringir direitos em ausência de lei, em prejuízo do princípio da legalidade: não é admissível que se extrapole os limites da legalidade ao definir sua extensão ou ao deduzir, a partir de uma interpretação unilateral do Poder Judiciário acerca da amplitude e do conteúdo de expressões, regras restritivas de direitos, abrindo-se a possibilidade de arbitrariedades. Qualquer relativização excessiva do conteúdo de princípios como o princípio da moralidade pode conduzir a um moralismo baseado em impressões puramente pessoais, construídas, muitas vezes, dentro dos próprios Tribunais Superiores e com forte apelo popular e extrajudicial.

O impulso de moralização assistido na seara eleitoral, que serve de argumento para atos de restrição de direitos, principalmente do direito político passivo dos cidadãos, esbarra nestes problemas, tornando debates essencialmente jurídicos (acerca da possibilidade de limitação de um direito fundamental ou acerca da consequência de um embate entre princípios) em debates de cunho moral e moralizante, ao preencher o “princípio da moralidade” com um conteúdo de ordem subjetiva forjado no âmbito do Poder Judiciário.

Ainda, frise-se que a competência normativa infraconstitucionalmente atribuída ao Tribunal Superior Eleitoral não admite a possibilidade de inovar a ordem jurídica, criando ou restringindo direitos de forma não já prevista em lei ou de forma diversa da nela estabelecida. O Tribunal Superior Eleitoral não pode, em hipótese alguma, legislar em matéria eleitoral - competência esta privativa do Poder

Legislativo. Quaisquer atos provenientes do Poder Executivo ou do Poder Judiciário não são aptos a disciplinar matéria eleitoral – que só pode ser regulada por lei em sentido estrito.

Não cabe ao Tribunal Superior Eleitoral a restrição de direitos, quaisquer que sejam, a fim de garantir a subsistência da democracia nacional ou a moralidade política no país – é exercício irregular e exorbitante do já inconstitucional “poder normativo” conferido ao órgão. Qualquer inovação na ordem jurídica, como já consignado, deve ser levada a efeito em âmbito legislativo – em respeito ao princípio da estrita legalidade.

A prática, como exaustivamente demonstrado no estudo, a partir de uma série de exemplos, é bastante diversa, no entanto. O Tribunal Superior Eleitoral vêm assumindo nos últimos anos um autoatribuído papel na defesa da democracia, da república e da moralidade nacional.

Ministros estabelecem “filtros” para excluir do processo eleitoral aqueles que consideram indignos para o exercício da função pública, buscando “moralizar”, com base nas próprias razões em detrimento das razões do legislador, a seara política nacional. A busca pela “democracia perfeita” leva a abusos no exercício do inconstitucional “poder normativo” do Tribunal Superior Eleitoral, a restrições a direitos fundamentais e a ataques a princípios, como o da legalidade, da segurança jurídica ou da presunção de inocência. A Justiça Eleitoral insiste em retirar das mãos do eleitor seu papel intrínseco: o de fiscal das instituições democráticas.

É momento de perceber que não cabe ao julgador estabelecer quem é o mais apto para governar – o controle deve ser feito através do voto, pelo povo. A Justiça Eleitoral reveste-se, cada vez mais, de um papel que não lhe pertence.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

ALEXY, Robert . *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Princípios e regras e a segurança jurídica*. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, v. 1, jan/mar 2006, p. 189/206, 2006.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de Direito Administrativo: Introdução*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 9, n. 46, 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38245>>. Acesso em: 23.11.2012.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Correa. *Moralidade Administrativa: Evolução e Conteúdo*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord. Geral); MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo: estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *A salvaguarda da democracia constitucional*. In: MAUÉS, Antônio G. Moreira (Org.). *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 245-260.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DELGADO, José Augusto. *A contribuição da Justiça Eleitoral para o aperfeiçoamento da democracia*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 127, jul/set 1995, p. 115/116, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Moralidade Administrativa*. In: FRANÇA, Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977.

GOMES, Suzana de Camargo. *A Justiça Eleitoral e sua competência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 1998

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Ética e Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MELLO, Vanessa Vieira de. *Regime Jurídico da Competência Regulamentar*. São Paulo: Dialética, 2001.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A Questão Fundamental da Democracia*. 3ª ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

RAMAYANA, Marcos. *Código Eleitoral Comentado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2006.

RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. Curitiba, 2010, 356 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, nº 1, jan/jun 2003, p. 607/630, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”*. Disponível em: <http://www.anima->

opet.com.br/primeira\_edicao/artigo\_Lenio\_Luiz\_Streck\_ hermeneutica.pdf. Acesso em: 23.11.2012.

STRECK, Lênio Luiz. *Ativismo judicial não é bom para a democracia*. Revista Consultor Jurídico, 15.03.2009. Entrevista concedida a Aline Pinheiro. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>. Acesso em 25.11.2012.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.